

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**



**DOTTORATO DI RICERCA
IN
DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXXI CICLO**

**Il procedimento *antitrust* nazionale e la sua compatibilità con
i principi europei del giusto processo**

Tutor
Ch.mo Prof. Fabio Ferraro

Candidato
Dott. Andrea Pezza

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

**Il procedimento *antitrust* nazionale e la sua compatibilità con i principi
europei del giusto processo**

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO I – GIUSTO PROCESSO E PROCEDIMENTO ANTITRUST	11
PREMESSA	11
SEZIONE I – LA TUTELA DEL GIUSTO PROCESSO NELL’ORDINAMENTO EUROPEO	11
1.LE ORIGINI DEL “GIUSTO PROCESSO”	11
2. LA TUTELA DEL GIUSTO PROCESSO NELLA CEDU E NELLA CDFUE	16
<i>2.1 La CEDU e la tutela del giusto processo.....</i>	<i>20</i>
<i>2.2 La CDFUE e la tutela del giusto processo</i>	<i>24</i>
3. IL DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO NELL’INTERPRETAZIONE DELLA CEDU E DELLA CDFUE	29
4. LE CONSEGUENZE RISARCITORIE DERIVANTI DALLA VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 47 CDFUE E 6 CEDU.....	35
SEZIONE II – IL RISPETTO DEL GIUSTO PROCESSO DA PARTE DELL’AGCM	39
5. NATURA E FUNZIONI DELL’AGCM.....	39
<i>5.1 L’AGCM ed il procedimento istruttorio in materia di intese ed abusi di posizione dominante</i>	<i>39</i>
<i>5.2 La natura dell’AGCM: autorità amministrativa o (para)giurisdizionale?</i>	<i>44</i>
6. LA COMPATIBILITÀ DEL PROCEDIMENTO ANTITRUST CON I PRINCIPI DEL GIUSTO PROCESSO: LE PRONUNCE DELLA CORTE EDU NEI CASI MENARINI E GRANDE STEVENS	52

CONCLUSIONI: UN SISTEMA DI TUTELA “FORMALMENTE” IMPECCABILE	
.....	58
CAPITOLO II – IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE SULLE DECISIONI ANTITRUST	60
PREMESSA: LA NECESSITÀ DI UN ESAME DELLO STANDARD DI SINDACATO DEI GIUDICI SUI PROVVEDIMENTI ANTITRUST	60
1. IL SINDACATO DEI GIUDICI AMMINISTRATIVI SUI PROVVEDIMENTI DELL’AGCM	60
<i>1.1 Da un modello di sindacato “estrinseco” a uno “intrinseco”</i>	60
<i>1.2. Gli approdi della Cassazione e del Consiglio di Stato: un’inversione di rotta?</i>	70
2. LE INDICAZIONI PROVENIENTI DALLA CORTE DI GIUSTIZIA	77
2.1 <i>Considerazioni preliminari</i>	77
2.2 <i>Le aree in cui si manifesta la judicial deference verso le decisioni della Commissione</i>	79
2.2.1 <i>Il sindacato della Corte di Giustizia sulle valutazioni economiche complesse</i>	81
2.2.2 <i>Il sindacato della Corte di Giustizia sulle sanzioni</i>	86
2.3 <i>Le ripercussioni della sentenza Menarini sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia</i>	90
2.3.1 <i>Il sindacato della Corte di Giustizia sulle valutazioni economiche complesse</i>	92
2.4 <i>Quali indicazioni trarre dalla giurisprudenza della Corte?</i>	98
CONCLUSIONI: UN LIVELLO DI TUTELA SEMPRE MAGGIORE PER LE IMPRESE SEPPUR CON ALCUNI LIMITI “INTRINSECI”	99
CAPITOLO III – ALCUNE PROPOSTE DE IURE CONDENDO PER RAFFORZARE I DIRITTI DI DIFESA DELLE PARTI	103

PREMESSA: L'OPPORTUNITÀ DI VALUTARE ALCUNI CORRETTIVI	
ALL'ATTUALE SISTEMA DI ANTITRUST ENFORCEMENT	103
1.IL PROCEDIMENTO ANTITRUST INNANZI ALLA COMMISSIONE	
EUROPEA: UNA TUTELA COMUNQUE INCOMPLETA	104
<i>1.1 Il procedimento antitrust dell'Unione europea</i>	<i>104</i>
<i>1.2 Quale livello di tutela?</i>	<i>111</i>
2.QUALI SOLUZIONI POSSIBILI? IL MODELLO "MONISTA" E "DUALE" A	
CONFRONTO	114
<i>2.1 Premessa</i>	<i>114</i>
<i>2.2 Un sistema "monista" forte: il modello francese</i>	<i>115</i>
<i>2.3 Un sistema "duale": il modello austriaco</i>	<i>126</i>
3.QUALE RIFORMA POSSIBILE PER L'AGCM?	130
<i>3.1 L'inidoneità di un modello duale</i>	<i>131</i>
<i>3.2 Un'applicazione della politica dei "piccoli passi": verso un</i> <i>modello monista "forte"</i>	<i>135</i>
CONCLUSIONI: UN MODELLO "ITALIANO" CORRETTO "ALLA FRANCESE"	
.....	139
CONCLUSIONE	142
BIBLIOGRAFIA.....	145
A. ARTICOLI	145
B. MONOGRAFIE	155
C. GIURISPRUDENZA	157
D. LEGISLAZIONE	163
E. ATTI INTERNAZIONALI	166

Introduzione

Sin dalla fine della II guerra mondiale, il tema della tutela dei diritti fondamentali è stato al centro del dibattito internazionale, e – per quanto d’interesse in questa sede – europeo: a cavallo tra gli anni ’50 e ’60, in particolare, il Consiglio d’Europa ha provveduto ad elaborare una prima codificazione paneuropea dei diritti fondamentali (la Convenzione europea dei diritti dell’Uomo – “CEDU”), e la neonata Comunità economica europea – a cui non erano state formalmente attribuite competenze in materia di protezione dei diritti umani – è giunta a tutelare, per via eminentemente giurisprudenziale, i diritti fondamentali dei cittadini degli Stati membri.

A circa settant’anni dalla firma della CEDU e sessanta dalla nascita dell’Unione, molta strada è stata fatta: l’Unione europea si è dotata di un proprio catalogo di diritti (la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – “CDFUE”) e le due Corti – quella di Strasburgo e quella di Lussemburgo – hanno dimostrato in più occasioni di rappresentare un argine effettivo alle condotte degli Stati membri che risultavano essere in violazione dei diritti umani.

Di tale pregnante tutela sono immediati e “naturali” beneficiari le persone fisiche, sebbene nel tempo – anche grazie all’opera interpretativa delle Corti – molte delle garanzie siano state estese anche alle persone giuridiche. Ad oggi, pertanto – fatta eccezione per alcuni specifici diritti, invocabili esclusivamente dalle persone fisiche in quanto volti a tutelare l’essere umano (si pensi al diritto alla vita e al divieto di tortura, tutelati dall’art. 2 CEDU e 2 CDFUE) – la maggior parte delle tutele possono essere invocate (e sono effettivamente invocate) anche dalle persone giuridiche: è il caso ad esempio del diritto al giusto processo (art 6 CEDU e 47 CDFUE), della presunzione di innocenza (art 6 CEDU e 48 CDFUE), dell’inviolabilità

del domicilio (art 8 CEDU e 7 CDFUE), della libertà di espressione (art 10 CEDU e 11 CDFUE), del diritto di associazione (art 11 CEDU e 12 CDFUE) e di tanti altri¹.

In un contesto europeo ed internazionale che accorda sempre maggiori tutele alle persone giuridiche, assume rilevanza il tema dei diritti garantiti (e da garantire) a queste ultime nell'ambito dei procedimenti *antitrust* condotti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana ("AGCM"), tenuto conto delle pregnanti conseguenze scaturenti dagli stessi, in termini:

- reputazionali, poiché l'accertamento contenuto nel provvedimento di condanna potrebbe costituire – per i partner commerciali o i consumatori – una valida ragione per interrompere eventuali rapporti commerciali in essere o per non stipularne di nuovi; peraltro, tali effetti saranno ancora maggiori per le società quotate, posto che per tali società anche la diffusione di notizie circa l'avvio dell'istruttoria o il compimento di ispezioni a sorpresa da parte dei funzionari AGCM è in grado di far crollare il titolo in borsa;
- economici, in quanto non solo con il provvedimento di condanna l'AGCM irroga sanzioni che possono giungere sino al 10% del fatturato dell'impresa, ma lo stesso provvedimento costituisce altresì il presupposto su cui si fondano eventuali azioni di risarcimento del danno (cd. *private enforcement*);
- operativi, giacché la diffida contenuta nel provvedimento onera l'impresa a modificare in maniera più o meno significativa i propri modelli di business; peraltro, qualora l'impresa sia attiva nel settore degli appalti pubblici, potrà anche essere esclusa – a discrezione

¹ Il tema dell'estensione dei diritti umani alle persone giuridiche è stato oggetto di numerosi dibattiti a livello dottrinale e giurisprudenziale ed esula dal presente lavoro. Per un sintetico excursus giurisprudenziale si rimanda a A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, Cheltenham, 2008, pp. 15-22.

delle stazioni appaltanti e sulla scorta del solo accertamento (non definitivo) dell'AGCM – dalla partecipazione alle future gare per un periodo massimo di tre anni, secondo quanto stabilito dalle Linee Guida Anac n. 6/2016.

In particolare, la presenza di tali effetti pregiudizievoli rende necessario assicurare che la decisione finale sia il frutto di un processo che possa definirsi “giusto” in conformità a quanto previsto dagli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE.

De iure condito, occorre evidenziare che la Corte EDU nella celebre sentenza *Menarini* ha in effetti già riconosciuto la compatibilità dell'attuale sistema di *enforcement antitrust* – costituito dal procedimento amministrativo e dal successivo vaglio giurisdizionale – con l'art. 6 CEDU (e dunque anche 47 CDFUE). Peraltro, di recente l'AGCM con l'Ordinanza 1/18 – andando anche oltre rispetto a quanto affermato in *Menarini* – ha affermato la piena compatibilità del procedimento *antitrust* (anche privo della copertura del successivo vaglio giurisdizionale) con l'art. 6 CEDU (e conseguentemente con l'art. 47 CDFUE), ritenendo possibile per l'effetto equiparare sé stessa ad un giudice.

Ciononostante, appare comunque opportuno approfondire l'attuale *standard* di tutela garantito alle imprese in fase procedimentale (anche alla luce delle affermazioni contenute nell'Ordinanza 1/2018) e nella successiva fase di impugnazione giurisdizionale, al fine di valutare la possibilità di introdurre eventuali correttivi - da individuare tramite un esame comparatistico di alcuni dei sistemi di *antitrust enforcement* presenti in Europa - che possano, ove ritenuto necessario, rafforzare le garanzie previste dal sistema di *antitrust enforcement* italiano.

A tal fine, il punto di partenza dell'analisi sarà costituito dal procedimento *antitrust* innanzi alla Commissione europea: quest'ultima,

infatti, in virtù della struttura delineata dal Regolamento 1/2003 è *primus inter pares* rispetto alle altre autorità nazionali di concorrenza² e, tale circostanza rende il procedimento innanzi alla stessa il primo modello che occorre esaminare. Peraltro, nella sua struttura, esso si presenta non dissimile rispetto al modello italiano, ciò che certamente ne facilita la comparabilità e rende agevole anche l'individuazione degli (eventuali) correttivi.

Successivamente, al fine di condurre un'analisi più ampia e completa possibile, saranno esaminati due ulteriori sistemi, espressione dei due diversi modelli di *antitrust enforcement* diffusi in Europa: il sistema francese, espressione di un modello “monista”, in cui cioè la tutela della concorrenza è assicurata da un'unica Autorità (generalmente, amministrativa), ed il sistema austriaco, espressione di un modello “duale”, in cui, invece, l'*enforcement* è esercitato congiuntamente da un'autorità amministrativa ed una corte giurisdizionale.

La scelta di esaminare – quale espressione del modello “monista” - il sistema francese è dovuta al fatto che esso, pur risultando non dissimile dal modello italiano – ciò che ne facilita la comparabilità – a seguito della riforma del 2008 ha notevolmente incrementato i diritti garantiti alle parti nel corso del procedimento, essenzialmente tramite l'adozione di alcune modifiche procedurali che – ove ritenute efficaci all'esito dell'analisi – potrebbero agevolmente essere mutate anche nell'ordinamento nazionale. Tali caratteristiche rendono pertanto il sistema francese maggiormente adatto ad essere analizzato rispetto ad altri che pure sono noti per essere particolarmente garantisti nei confronti delle imprese: ad esempio, il sistema

² Difatti, il Regolamento 1/2003, nell'istituire la rete delle autorità di concorrenza dell'Unione Europea (ECN) attribuisce poteri maggiori alla Commissione, in quanto responsabile primaria dell'*enforcement* degli artt. 101 e 102: si pensi infatti che questa dispone del potere di avocazione, per cui “*l'avvio di un procedimento da parte della Commissione [...] priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato*”.

inglese risulta meno comparabile con quello italiano, poiché non attribuisce tutti i poteri decisionali ad un unico organo (le decisioni sulle istruttorie sono infatti adottate o da un *senior officer* o da un *Case decision group*)³, ed inoltre prevede l'impugnabilità delle decisioni dinanzi ad un tribunale speciale (quale il CAT)⁴, mentre il sistema tedesco non possiede presìdi specifici che garantiscono, all'interno della stessa istituzione, una chiara separazione tra organo decisionale e organo istruttorio (ed anzi, l'organo decisionale, denominato *decision division*, supervisiona anche l'attività istruttoria⁵).

Per quanto invece concerne la scelta di esaminare – quale espressione del modello “duale” - il sistema austriaco, essa è dovuta alla circostanza che l'Autorità di concorrenza austriaca – secondo la stampa specializzata - gode della migliore reputazione in termini di efficacia nell'applicazione delle regole di concorrenza⁶ tra i Paesi che ricorre a tale modello di *enforcement*⁷: pertanto, un esame del suo funzionamento potrà consentire di valutare

³ Sulle dinamiche di funzionamento del sistema antitrust inglese si rinvia a CMA, Competition Act 1998: Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases, disponibile al seguente link: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/537006/CMA8_CA98_Guidance_on_the_CMA_investigation_procedures.pdf.

⁴ A ciò si aggiunga, peraltro, che, in virtù del Protocollo n. 30 al TFUE, il diritto inglese non può essere esaminato alla luce della CDFUE, ciò che rende ulteriormente poco opportuna l'analisi del sistema inglese.

⁵ Tale modello di *enforcement* è stato per tale ragione criticato da *Booking.com* nell'ambito dell'istruttoria sulle *MFN clauses* (dec. B 9-121/13), in quanto a suo avviso non garantirebbe l'imparzialità. Tuttavia, sul punto il Bundeskartellamt ha affermato come, sebbene la *decision division* abbia adottato tanto la CRI che il provvedimento finale, essa abbia tenuto in considerazione tutte le evidenze fornite dall'a società. La decisione, in lingua inglese, è disponibile al seguente link: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2

⁶ Si consideri che – tra le autorità di concorrenza che adottano il sistema duale – quella austriaca è l'unica a cui *Global Competition Review* ha assegnato come giudizio “good” con outlook positivo (cfr. GCR, *Rating enforcement* 2018, disponibile al link www.globalcompetitionreview.com).

⁷ Solo Austria, Danimarca, Finlandia, Irlanda, Svezia ricorrono ad un sistema duale.

appieno i vantaggi e gli svantaggi di un modello di *enforcement* profondamente diverso da quello italiano.

In considerazione di quanto esposto, la presente analisi si articolerà in tre capitoli, strutturati come segue:

Nel **primo capitolo** saranno approfondite, da un lato, la portata del principio del giusto processo per come interpretato dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo e, dall'altro, la struttura del procedimento che conduce l'autorità della concorrenza ad irrogare sanzioni pecuniarie. Infine, si darà conto delle pronunce rese dalla Corte EDU nei casi *Menarini* e *Grande Stevens*, in cui si affronta proprio il tema della compatibilità con l'art. 6 CEDU dei procedimenti sanzionatori condotti dalle autorità amministrative indipendenti e si prospetta la possibilità di "sanare" eventuali lacune del procedimento condotto dalle autorità amministrative indipendenti (come l'AGCM) tramite l'impugnativa dei relativi provvedimenti innanzi ad un giudice con "cognizione piena".

Nel **secondo capitolo** ci si soffermerà ad esaminare quale sia in concreto l'intensità del sindacato giurisdizionale esercitato dai giudici amministrativi sulle decisioni dell'AGCM e dunque quale sia il livello di tutela garantito alle imprese. Al contempo, si esaminerà anche il sindacato esercitato dai giudici della Corte di Giustizia sulle decisioni *antitrust* adottate dalla Commissione europea, per comprendere se ed in quale misura sia possibile ricavare dall'esperienza europea indicazioni in merito a possibili margini di miglioramento dello *standard* di sindacato giurisdizionale esercitato dai tribunali amministrativi italiani.

Infine, nel **terzo capitolo** si tenterà di individuare una possibile soluzione *de iure condendo* per assicurare maggiori tutele alle imprese soggette al procedimento *antitrust*. In tale contesto, saranno esaminati i modelli di *enforcement* monisti e duali, ed in particolare i sistemi adottati

dall'Unione europea, dalla Francia (cd. modello monista “forte”) e dall'Austria (cd. modello duale) al fine di individuarne punti di forza e di debolezza. Alla luce di tale analisi si prospetteranno alcuni correttivi all'attuale procedimento AGCM che siano in grado di rafforzare i diritti delle imprese sottoposte all'istruttoria *antitrust*.

Capitolo I – Giusto processo e procedimento antitrust

Premessa

L'analisi della relazione tra procedimento *antitrust* e principio del giusto processo richiede in via preliminare un approfondimento tanto sulla portata di tale principio che sul concreto dipanarsi del procedimento che conduce l'autorità della concorrenza ad irrogare sanzioni pecuniarie.

In tale ottica, si è ritenuto opportuno suddividere il presente capitolo in due distinte sezioni. La prima, dedicata al principio del giusto processo, è volta ad illustrarne l'evoluzione storica (par. 1), la collocazione all'interno delle fonti sovranazionali – ossia la CEDU (par. 2.1) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (par. 2.2) – ed il contenuto (par. 3), oltre a specificare le conseguenze risarcitorie derivanti dalla violazione delle previsioni di cui agli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE (par. 4).

La seconda sezione, invece – dopo aver brevemente evidenziato i caratteri essenziali del procedimento *antitrust* italiano ed i termini del dibattito in merito alla natura dell'autorità preposta all'*enforcement* delle regole di concorrenza (par. 5) – illustra il contenuto delle pronunce rese dalla Corte EDU nei casi *Menarini* e *Grande Stevens*, in cui si affronta proprio il tema della compatibilità con l'art. 6 CEDU dei procedimenti sanzionatori condotti dalle autorità amministrative indipendenti (par. 6).

SEZIONE I – La tutela del giusto processo nell'ordinamento europeo

1. Le origini del “giusto processo”

La nozione di “giusto processo” ha origini molto antiche.

La prima formulazione di tale principio, infatti, risale addirittura all'epoca romana, dove con l'espressione "*aequum iudicium*" si intendeva il complesso di garanzie che doveva sovrintendere al processo penale romano⁸. È in particolare Cicerone che – lamentando l'insufficienza delle garanzie già offerte da tale procedimento⁹ – ha provveduto ad enucleare gli elementi che a suo avviso avrebbero reso lo stesso effettivamente "*aequum*". Tali elementi – come ricostruito da autorevole dottrina¹⁰ – possono essere ricondotti ai seguenti principi:

- i) la presunzione di innocenza dell'imputato, da cui discende l'onere per l'accusa di provare la colpevolezza di quest'ultimo¹¹;
- ii) la *aequa condicio* (o parità delle armi) fra le parti processuali, consistente nel prevedere che accusa e difesa dispongano da un lato, del medesimo *status* processuale¹², e dall'altro della medesima facoltà di argomentare e difendersi in giudizio¹³;
- iii) l'imparzialità del giudice, consistente da un lato, nell'equidistanza dagli interessi delle parti¹⁴, e dall'altro, nell'onere di giudicare sulla base dei

⁸ Ci si riferisce in particolare al sistema – di matrice accusatoria – delle *quaestiones perpetuae*, in cui la decisione era affidata ad una giuria popolare presieduta da un *quaesitor praetor* o *iudex quaestionis* di rango edilizio (con il solo ruolo di moderatore delle parti).

⁹ Si consideri che il processo penale romano già garantiva la terzietà del collegio giudicante (intesa come mera alterità fisica), la pubblicità degli atti, la presenza di un *quivis de populo* in veste di pubblico accusatore ed il contraddittorio tra le parti.

¹⁰ Cfr. P. CERAMI, *Diritto ad un "giusto" processo: radici romane di una problematica attuale*, Annali del seminario giuridico, (50) 2005, pp. 25-51 e P. CERAMI, *Radici romane dei "principios basicos" del codigo modelo" di procedura penale per l'America latina*, Diritto e Storia, (8) 2009, pp. 1-10.

¹¹ Cfr. CICERONE, *Pro Sulla*, 13.39 e *Pro Cluentio* 1,3.

¹² Al riguardo, Cicerone nella *Pro Cluentio* (34.94), osserva che correttamente i giudici ritennero inammissibile l'accusa presentata da un tribuno della plebe nei confronti di F. Silla, in quanto l'accusatore – essendo titolare anche di carica magistratuale – non avrebbe consentito un dibattito equo e obiettivo.

¹³ Si tratta della "*condicione aequa disceptari posse*", menzionata da Cicerone nella *Pro Cluentio* (34.94).

¹⁴ Al riguardo Cicerone menziona la necessità di garantire che il collegio giudicante sia composto nel rispetto della legge (CICERONE, *Pro Cluentio*, 34.92), che all'accusatore non

soli elementi di prova forniti, senza fondarsi su giudizi precostituiti (*iudicia non facta*)¹⁵;

- iv) la ragionevole durata del processo, che non deve risultare né eccessivamente breve – sfociando in un giudizio “sommario”¹⁶ – né eccessivamente lungo, in quanto contrario alla giustizia¹⁷.

Se dunque si deve a Cicerone il merito di aver teorizzato i caratteri del processo “*iustum*”, deve riconoscersi che è solo nel 1215 che l’espressione “*legale iudicium*” (antesignana del *due process* anglosassone) compare in un testo legislativo¹⁸: in particolare, il par. 39 della *Magna Charta* afferma che “*nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato in alcun modo, né noi useremo la forza nei suoi confronti o demanderemo di farlo ad altre persone, se non per giudizio legale dei suoi pari e per la legge del regno*”¹⁹.

A ben vedere, la formula letterale utilizzata non consente di comprendere se per qualificare il processo come “legale” sia sufficiente che

sia attribuito un ruolo preminente nella costituzione della giuria (CICERONE, *Pro Plancio*, 15.36) e che i componenti della giuria non siano collusi o cointeressati con una delle parti (CICERONE, *Verrine*, II.1.29.73)

¹⁵ CICERONE, *Pro Cluentio*, 1.1-2 e 2-6. Secondo Cicerone, i giudici che operano sulla base di prove e giudizi precostituiti perdono non solo l’autorità ma anche il nome di giudici.

¹⁶ Cicerone al riguardo cita il processo a Opimio, conclusosi in sole tre ore (cfr. CICERONE, *Verrine*, II.1.60.155-156).

¹⁷ Cicerone definisce il processo eccessivamente lungo quale “*res turpissima*” (CICERONE, *Pro Caecina*, 2.7).

¹⁸ Al riguardo, E. Zoller osserva come la *Magna Charta* inaugura una nuova stagione caratterizzata dalla protezione delle libertà individuali “*dell’essere umano di fronte al potere organizzato*”. Cfr. E. ZOLLER, *Due process of Law*, in *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, J. ANDRIANTSIMBA-ZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (eds.), Parigi 2008, p. 344.

¹⁹ Cfr. *Magna Charta libertatum*, emanata da Giovanni senza Terra nel 1215: “*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*”. Successivamente, nel 1354 Edoardo III emanò lo *Statutum de anno vicesimo octavo*, il cui testo – che riprendeva il par. 39 della *Magna Charta* – parlava di “*due procès de lei*”.

esso si svolga in osservanza delle prescrizioni di legge o se invece sia richiesto anche il rispetto di ulteriori requisiti²⁰. Ciò che è certo, è che nel corso dei secoli la portata di tale espressione è stata progressivamente estesa: si pensi che E.Coke – nel commentare nel XVII secolo il par. 39 della *Magna Charta* – ha affermato che nella parola “*legale*” sarebbero racchiuse plurime garanzie, che vanno dall’acquisizione delle prove in presenza dell’imputato all’onere di rispettare il verdetto assunto²¹.

È tuttavia solo in America che la nozione di *due process* ha avuto la sua piena consacrazione. Tale espressione, infatti, è presente nel V emendamento della Costituzione americana, e stabilisce che nessuno possa essere privato della vita, della libertà o della proprietà senza un “*due process of law*”²². Tuttavia, a differenza della nozione europea – che valorizzava l’aspetto più meramente processuale – in America la giurisprudenza ne ha esteso la portata anche al piano sostanziale, ossia alla verifica dell’effettività

²⁰ Come osservato da M. Serio, è ben probabile che il *legale iudicium* indicasse esclusivamente un processo conforme alla legge: difatti, il periodo storico in cui la Magna Charta (e successivamente lo Statuto di Edoardo III) è stata elaborata è antecedente ai dibattiti giuridici – di matrice giusnaturalistica – finalizzati a mettere in discussione il principio secondo cui il rispetto della legge è l’unico indice per valutare la legittimità di un atto. Cfr. M. SERIO, *Imparzialità del giudice e giusto processo: profili comparatistici*, in *Europa e dir. Priv.*, (4) 2011, pp. 991 ss.

²¹ Cfr. E. COKE, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England; Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes*, London 1797, p. 48: “By this word *legale*, amongst others, three things are implied, 1. That this manner of triall was by Law, before this Statute. 2. That their verdict must be legally given, wherein principally it is to be observed. 1. That the Lords ought to heare no evidence, but in the presence, and hearing of the prisoner. 2. After the Lords be gone together to consider of the evidence, they cannot send to the high Steward to aske the Judges any question of Law, but in the hearing of the prisoner, that he may heare, whether the case be rightly put, for *de facto jus oritur*, neither can the Lords, when they are gone together, send for the Judges to know any opinion in Law, but the high Steward ought to demand it in Court in the hearing of the prisoner. 3. When all the evidence is given by the Kings learned Councell, the high Steward cannot collect the evidence against the prisoner, or in any sort conferre with the Lords touching their evidence, in the absence of the prisoner, but he ought to be called to it; and all this is implied in this word, *legale*”.

²² Il medesimo principio è poi riaffermato nel XIV emendamento, emanato al termine della guerra di secessione, che obbliga gli Stati dell’Unione a garantire la stessa protezione legale a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione.

dei rimedi di cui dispongono le parti²³. Tale estensione garantisce che il processo non sia solo “legale” (o “*due*”) ma anche “giusto”, in quanto capace di garantire giustizia sostanziale ai propri cittadini.

Nata in Europa e sviluppatasi in America, la nozione di giusto processo costituisce oggi patrimonio dell’intera umanità. Con la caduta dei regimi totalitari conseguente alla fine della II guerra mondiale, infatti, la Comunità internazionale ha sentito l’esigenza di affermare un’idea di giustizia che fosse non solo rispettosa delle regole ma altresì eticamente accettabile. È dunque in tale ottica che la nozione di “giusto processo” viene recuperata, per essere codificata nella Dichiarazione universale dei diritti dell’Uomo²⁴, nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (“CEDU”)²⁵ e nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici²⁶.

²³ Ciò si è tradotto per i cittadini americani nella possibilità di beneficiare di una pluralità di garanzie – ricostruite dalla Corte federale americana in una famosa pronuncia del 1970 – il cui rispetto consentirebbe di ritenere il processo “*due*” ed anche “*fair*”, ossia: i) un’informazione adeguata; ii) l’opportunità di essere sentiti; iii) il diritto di presentare prove; iv) un confronto tra i diversi testimoni; v) il diritto di sottoporre i testimoni ad un esame incrociato; vi) l’accesso a tutte le prove avversarie; vii) il diritto di nominare un avvocato; viii) il diritto di ottenere una decisione basata unicamente sulle prove emerse in giudizio; ix) il diritto a una decisione motivata; x) un giudice imparziale. Cfr. US Federal Court, *Goldberg v Kelly*, 23 marzo 1970.

²⁴ Cfr. art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell’Uomo, ONU, 10 dicembre 1948: “*Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta*”.

²⁵ Cfr. art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 1950: “*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti*”.

²⁶ Cfr. art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966: “*ogni individuo ha diritto a un’equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta di determinare la fondatezza dell’accusa penale che gli venga rivolta, ovvero di accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile*”.

La stipula di tali convenzioni ha avuto peraltro un impatto anche sugli Stati firmatari, che in alcuni casi hanno “importato” il principio del giusto processo nei propri ordinamenti²⁷: ciò è, ad esempio, quanto accaduto in Italia, dove il legislatore nel 1999 ha emendato la Carta Costituzionale prevedendo all’art. 111 che “*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”²⁸.

Come emerge da questa (necessariamente sintetica) rassegna, il giusto processo si sostanzia dunque in quell’insieme di regole e istituti che si ritengono indispensabili ai fini della corretta amministrazione della giustizia. Si tratta, a ben vedere, di regole universali e sempre attuali (non è un caso che le medesime garanzie invocate da Cicerone siano oggi riprese dalle convenzioni internazionali), che configurano quel “diritto naturale della procedura” teorizzato secoli or sono dai giusnaturalisti ed oggi tornato d’attualità²⁹.

2. La tutela del giusto processo nella CEDU e nella CDFUE

Chiarite le origini della nozione di giusto processo, occorre ora verificare se sia configurabile a livello europeo un diritto al giusto processo e quali siano (eventualmente) le fonti da cui discende la tutela.

Al riguardo, deve evidenziarsi che l’Unione tutela tutti quei diritti che possono ritenersi “patrimonio comune” dell’Europa. Pertanto, il giusto

²⁷ Per un’analisi della situazione negli ordinamenti francese e inglese cfr. E. AMODIO, *Giusto processo, proces equitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in 1 Riv. It. Dir. e proc. Pen., 2003, pp. 93 ss.

²⁸ Cfr. Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2

²⁹ Sul punto, si rinvia a P. ALVAZZI DEL FRATE, *Garantismo e giusto processo*, in “*Giustizia e garanzie giurisdizionali*”, Torino, 2011, pp. 143-149.

processo potrà essere garantito solo nella misura in cui sia desumibile da una delle “fonti” indicate dall’art. 6 TUE³⁰, e segnatamente:

- i) le **tradizioni costituzionali degli Stati membri**, da cui sono desunti i diritti considerati quali principi generali dell’Unione;
- ii) la **CEDU**, i cui diritti attualmente rappresentano principi generali dell’Unione ma che – in caso di adesione da parte dell’UE alla CEDU – diventerebbero parte integrante dell’ordinamento europeo;
- iii) la **Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea** (“CDFUE”), uno strumento giuridico elaborato in seno all’Unione ad al quale è stato attribuito il medesimo valore giuridico dei Trattati.

La natura composita delle “fonti” summenzionate riflette il travagliato percorso che ha condotto l’allora Comunità economica europea a riconoscere i diritti fondamentali³¹. Come noto, infatti, la questione era del tutto assente nei Trattati istitutivi³² ed è solo grazie al *pressing* esercitato negli anni ’70

³⁰ Cfr. art. 6 TUE: “1. *L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. [...] 2. L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali*”.

³¹ Come evidenziato dall’AG Sharpston, la struttura “tripartita” dell’art. 6 TUE rappresenta “una «codificazione» della situazione preesistente. In altri termini, tali disposizioni sottendono la volontà politica di rendere più visibile l’espressione dei principi che intendono garantire e tutelare, ma non rappresentano in nessun modo un punto di svolta”: cfr. Conclusioni dell’AG SHARPSTON nel caso C-396/11, *Radu*, 29 gennaio 2013, § 51.

³² La mancata inclusione di previsioni sul rispetto dei diritti fondamentali non fu certamente frutto di dimenticanza: l’art 3 del Progetto relativo alla Comunità europea redatto nel 1953 aveva infatti previsto espressamente che la CEDU costituisse parte integrante del suo statuto, ma la sua introduzione nel Trattato definitivo – auspicata soprattutto dalla delegazione tedesca – incontrò come ricorda M. ZULEEG, *Fundamental Rights and the Law of European Communities*, in *CMLR*. 1971 p. 446 ss, insormontabili resistenze. Per J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, p. 138 ss si trattò piuttosto di un’omissione consapevole dettata dall’intento di assicurare che gli organi delle comunità agissero nell’ambito delle proprie competenze escludendo riferimenti che avrebbero potuto portare a esiti non controllabili.

dalle Corti Costituzionali italiana e tedesca³³ che la Corte di Giustizia ha abbandonato la posizione “agnostica” inizialmente assunta³⁴ ed ha progressivamente riconosciuto ai cittadini europei la tutela dei propri diritti³⁵.

In particolare – senza alcuna pretesa di completezza al riguardo – deve osservarsi che la Corte in un primo momento aveva desunto tali diritti dalle

³³ La Corte Cost. italiana nella sentenza Frontini (27 dicembre 1973, n. 183) affermò che “*in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana*”. Del pari, in Germania, la Corte Costituzionale, con sent. del 29 marzo 1974, (*Internationale Handelsgesellschaft*, detta anche *Solange I*) statui che “*finché il processo di integrazione comunitaria non avrà raggiunto uno sviluppo sufficientemente avanzato perché il diritto comunitario si doti parimenti di un catalogo in vigore dei diritti fondamentali corrispondente al catalogo dei diritti fondamentali [...], il rinvio al Bundesverfassungsgericht da parte di un giudice della Repubblica Federale Tedesca, [...] è ricevibile e si impone dal momento che tale giudice considera la disposizione comunitaria, così come interpretata dalla Corte di Giustizia delle comunità europee, come inapplicabile qualora e sin tanto essa urti con uno dei diritti fondamentali del Grundgesetz*”; la Corte Costituzionale tedesca ha poi riconosciuto nel 1986, nella sent. *Solange II* che “*fino a quando le comunità Europee [...] garantiranno in generale una protezione effettiva dei diritti fondamentali [...] che possa essere considerata per l'essenziale di livello uguale a quella [...] assicurata dal Grundgesetz [...], la Corte non eserciterà la sua competenza relativamente all'applicazione del diritto comunitario derivato*”.

³⁴ Ci si riferisce, in particolare, a Corte di Giustizia, causa C-1/58, *Stork*, 4 febbraio 1959. Nella pronuncia, la Corte afferma che non può prendere in considerazione una censura relativa ad una presunta violazione dei principi fondamentali della Costituzione di uno Stato membro da parte dell'Alta Autorità; infatti, ex art 31 CECA, il compito della Corte è garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del trattato e dei regolamenti di esecuzione, ma non può di regola pronunciarsi in merito alle norme dei diritti nazionali. Cfr., tra le altre, Corte di Giustizia, cause riunite 36-38 e 40/59, *Uffici di vendita del carbone della Ruhr*, 15 luglio 1960, nonché causa C-40/64, *Sgarlata*, 1 aprile 1965.

³⁵ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-29/69, *Stauder c. Ulm-Sozialamt*, 12 novembre 1969, in cui tali diritti vengono qualificati come “*“principi generali dell'Unione”*”. La scelta della Corte di riconoscere progressivamente i diritti fondamentali ha una ragione anche “politica”: lasciare infatti la materia all'apprezzamento delle singole Corti Costituzionali nazionali avrebbe avuto come effetto quello di rompere l'unità del mercato comune e di mettere in pericolo la coesione della Comunità, e pertanto la Corte di Giustizia – conscia di non poter certo impedire ai singoli di far valere i diritti sanciti nelle loro Costituzioni – si adoperò per garantire loro una protezione equivalente a livello europeo.

tradizioni costituzionali degli Stati membri³⁶, per poi riconoscere successivamente la possibilità di rifarsi direttamente al catalogo della CEDU, tenuto conto che questa rappresentava, a suo avviso, in larga misura una codificazione delle tradizioni costituzionali degli Stati europei³⁷. Tale situazione – caratterizzata da due principali fonti di tutela – è rimasta invariata sino al 2001, quando le Istituzioni dell’Unione hanno adottato la CDFUE: una carta dei diritti “propria” dell’Unione, resa vincolante dal Trattato di Lisbona e di cui la Corte è chiamata ad assicurare l’osservanza³⁸.

³⁶ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 dicembre 1970. La Corte afferma che “*La tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l’osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l’ambito della struttura e delle finalità della Comunità*”. Come osservato da V. CAPUANO, *Norme fondamentali del trattato CE private dell’effetto diretto: la sentenza Admenta*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com. (16) 2006, p. 253 è proprio la circostanza che “*nel sistema comunitario esiste una norma che espressamente impone all’Unione di rispettare i diritti fondamentali garantiti, inter alia, «dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario»*” ad aver ridimensionato il ruolo delle corti nazionali nella tutela dei diritti fondamentali.

³⁷ La prima apertura in tal senso si ebbe con Corte di Giustizia, causa C-4/73, *Nold*, 14 maggio 1974, che affermò come “*i Trattati internazionali cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell’ambito del diritto comunitario*”; tuttavia è stato solo l’anno seguente che la Corte si è per la prima volta riferita espressamente ai diritti sanciti dalla CEDU: cfr. Corte di Giustizia, causa C-36/75, *Rutili*, 28 ottobre 1975. L’utilizzabilità della CEDU quale fonte dei diritti per l’Unione è stata poi definitivamente sancita dal Trattato di Maastricht che – modificando i Trattati istitutivi della Comunità – introduceva l’art. F2, ai sensi del quale “*l’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario*”. In tal senso, si veda altresì Corte di Giustizia, causa C-404/92 P, *X c. Commissione*, 5 ottobre 1994 che – nel ricostruire il diritto alla tutela della sfera privata – afferma come lo stesso “*sancito dall’art. 8 della CEDU e che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, costituisce uno dei diritti fondamentali tutelati dall’ordinamento giuridico comunitario*”.

³⁸ Al sempre maggiore attivismo nella tutela dei diritti fondamentali a livello europeo è corrisposto un conseguente ridimensionamento del ruolo delle corti nazionali su tale tematica: nel sistema comunitario esiste una norma che espressamente impone all’Unione di rispettare i diritti fondamentali garantiti, inter alia, «dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario»

In tale variegato sistema di tutela, il diritto al giusto processo è garantito tanto dalla CEDU quanto dalla CDFUE: è dunque su tali strumenti – e sulla loro portata – che occorre brevemente soffermarsi.

2.1 *La CEDU e la tutela del giusto processo*

La CEDU rappresenta senza dubbio la prima codificazione di diritti di portata europea.

La sua elaborazione si deve al Consiglio d'Europa, un'organizzazione internazionale costituita nel 1949 con l'obiettivo di garantire i diritti umani e consolidare la democrazia in Europa. Adottata a Roma nel 1950, la CEDU è stata ratificata da tutti i 47 Stati aderenti al Consiglio d'Europa ed attualmente rappresenta indiscutibilmente lo *standard* di riferimento per la tutela dei diritti umani in Europa.

Nei suoi 59 articoli e vari protocolli addizionali (non tutti sottoscritti dalla totalità degli Stati³⁹) la CEDU enuclea i diritti e le libertà riconosciuti “a ogni persona sottoposta alla [...] giurisdizione” degli Stati contraenti (cfr. art. 1 CEDU), ed istituisce una Corte permanente (“**Corte EDU**”), incaricata della tutela giurisdizionale qualora siano riscontrate eventuali violazioni. Alla Corte, che ha sede a Strasburgo, possono rivolgersi tanto gli Stati – per contestare violazioni dei diritti umani avvenute in un altro Stato – che gli individui, gruppi e ONG⁴⁰ sottoposti alla giurisdizione di uno Stato firmatario della Convenzione⁴¹.

³⁹ L'elenco degli Stati firmatari dei diversi Protocolli alla CEDU è disponibile al seguente link: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>

⁴⁰ In questa seconda ipotesi presupposto indispensabile per la ricevibilità del ricorso è il previo esaurimento dei ricorsi interni nel territorio nazionale di uno Stato.

⁴¹ Le ipotesi di esclusione dalla tutela della Corte sono davvero marginali: se si invocano lesioni subite da soggetti terzi, o danni meramente potenziali, o violazioni di diritti che non figurano nell'ambito materiale coperto dalla Convenzione medesima. Sul punto, cfr. M.E.

Tra i diritti tutelati dalla CEDU – come anticipato – vi è anche il giusto processo. In particolare, l’art. 6 garantisce il “*diritto a un equo processo*” stabilendo al primo comma le caratteristiche minime affinché un processo – vertente sui “*diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale*” – possa essere ritenuto tale:

*“Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”*⁴².

È il caso di osservare come la Corte EDU abbia avuto modo di estendere per via giurisprudenziale l’ambito di applicazione di tale diritto, che non è dunque confinato ai soli processi civili e penali, ma ricomprende anche il processo amministrativo ed il relativo procedimento⁴³. Quanto poi al suo

GENNUSA, *La CEDU e l’Unione europea*, in (a cura di) M. CARTABIA, *I diritti in azione*, Bologna, 2007 p. 91 s.

⁴² Cfr. art. 6 CEDU. L’articolo prosegue stabilendo che “*la sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia*”. 2. *Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*. 3. *In particolare, ogni accusato ha diritto di (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza*”.

⁴³ Ciò in quanto la Corte adotta una interpretazione “sostanzialista” del testo della CEDU, che ha portato da un lato, a riconoscere natura “penale” ad alcuni procedimenti amministrativi (è il caso dei *procedimenti antitrust*, su cui cfr. *infra*) e dall’altro, a far rientrare nel *volet* civile controversie amministrative. Come osserva G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, *Dir proc.*

effettivo contenuto, la Corte – sollecitata al riguardo in numerose occasioni – ha avuto modo di fornire indicazioni sull’interpretazione da attribuire alle garanzie “minime” codificate nell’art. 6 CEDU affinché il processo possa effettivamente essere ritenuto “equo” (su cui cfr. *infra*, § 3).

Pur non essendo vincolante, ad oggi l’interpretazione compiuta dalla Corte EDU in relazione ai vari diritti menzionati nella Convenzione è generalmente seguita anche dalla Corte di Giustizia, tenuto conto che – ai sensi dell’art 6 TUE – i diritti della CEDU rivestono la qualifica di “principi generali dell’ordinamento”. L’Unione, tuttavia, ben potrebbe aderire alla CEDU, ed essere pertanto legalmente vincolata a seguire la giurisprudenza della Corte EDU: si tratta, in effetti, di una possibilità espressamente contemplata dall’art. 6 TUE⁴⁴ e che consentirebbe di rendere la CEDU parte integrante del diritto dell’Unione⁴⁵, ma che allo stato appare di difficile realizzazione.

Amm. (2) 2013, p. 513 ss. “*con la locuzione “civil rights”, la Corte E.D.U. è arrivata (mediante una progressiva espansione del significato della locuzione, originariamente intesa come riferita per lo più a situazioni di carattere patrimoniale) ad intendere (anche) ogni posizione soggettiva vantata dai privati nei confronti di una p.a.*”, così facendo ricadere nell’ambito di applicazione della CEDU tanto i procedimenti che i processi amministrativi.

⁴⁴ Deve infatti evidenziarsi che antecedentemente all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona non vi era alcuna previsione che autorizzasse l’adesione alla CEDU. Ciò era stato chiaramente rilevato dalla Corte di Giustizia nel parere 2/94 reso su richiesta del Consiglio Giustizia e affari interni il 28 marzo 1996: in particolare, la Corte ritenne che “*l’adesione alla Convenzione determinerebbe una modificazione sostanziale dell’attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell’uomo, in quanto comporterebbe l’inserimento della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto, nonché l’integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione nell’ordinamento giuridico comunitario. Una siffatta modifica... rivestirebbe rilevanza costituzionale e... può essere quindi realizzata unicamente mediante modifica del Trattato*”; in altre parole, la Corte considerò l’adesione alla CEDU una scelta di carattere “costituente”, e come tale da sottoporre al giudizio degli Stati. Proprio al fine di porre rimedio a tale “vulnus”, gli Stati membri – nella redazione della Costituzione europea – introdussero una cd. “clausola abilitante” che consentisse l’adesione alla CEDU; a seguito del fallimento della Costituzione europea, il Trattato di Lisbona ha ripreso la medesima clausola, che oggi è codificata nell’art. 6 TUE.

⁴⁵ Ciò ha implicato anche una modifica della CEDU, dal momento che il testo della Convenzione rendeva possibile l’adesione ai soli Stati. In particolare, il Consiglio d’Europa ha adottato il 13 marzo 2004 il Protocollo 14, il cui art. 17 – modificando l’art 59 CEDU – stabilisce che: “*L’Unione europea può aderire alla presente Convenzione*”; tale protocollo,

Sebbene, infatti, tanto il Consiglio d'Europa quanto l'Unione europea abbiano compiuto ogni sforzo per dar seguito alla previsione dell'art. 6 TUE⁴⁶, nel 2014 il progetto di accordo condiviso dalle parti⁴⁷ è stato bocciato dalla Corte di Giustizia⁴⁸, in quanto ritenuto sotto plurimi profili⁴⁹ incompatibile con il diritto dell'Unione. Tale bocciatura – intervenuta dopo anni di negoziati – rende arduo, se non impossibile, ipotizzare (quantomeno nel breve periodo) la stipula di un nuovo accordo di adesione alla CEDU⁵⁰.

ratificato dal Parlamento russo solo il 15 gennaio 2010, è entrato effettivamente in vigore il 1 luglio 2010.

⁴⁶ In particolare, il 4 giugno 2010 i ministri della Giustizia dell'Unione hanno dato mandato alla Commissione di condurre le trattative; immediatamente dopo tale decisione, il 26 maggio 2010, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (Decisione n° CM/882/26052010) ha affidato il mandato di condurre le trattative a un Comitato direttivo dei diritti umani (CDDH). I lavori si sono svolti nell'ambito di un "Gruppo di lavoro informale" istituito ad hoc, al quale partecipavano il Direttore del Servizio giuridico della Commissione europea nonché esperti provenienti da Albania, Armenia, Croazia, Finlandia, Francia, Germania, Lettonia, Norvegia, Paesi Bassi, Romania, Federazione russa, Svizzera, Turchia, Regno Unito.

⁴⁷ Il testo dell'accordo – concluso il 5 aprile 2013 – è disponibile al seguente indirizzo: http://www.echr.coe.int/Documents/UE_Report_CDDH_ENG.pdf

⁴⁸ Cfr. Corte di Giustizia, Parere 2/13, 18 dicembre 2014. Il parere è stato reso ai sensi dell'art. 218(11) TFUE secondo cui *“uno Stato membro, il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione possono domandare il parere della Corte di Giustizia circa la compatibilità di un accordo previsto con i trattati. In caso di parere negativo della Corte, l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati”*.

⁴⁹ In particolare, secondo la Corte, il progetto di accordo sottoposto alla sua attenzione sarebbe idoneo a: **i)** pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non garantisce il coordinamento tra l'articolo 53 della CEDU e l'articolo 53 della Carta, non previene il rischio di lesione del principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri nel diritto dell'Unione e non prevede alcuna articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 con la procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE; **ii)** avere effetti sull'articolo 344 TFUE, in quanto non esclude la possibilità che talune controversie tra gli Stati membri o tra gli Stati membri e l'Unione, relative all'applicazione della CEDU nell'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, vengano portate dinanzi alla Corte EDU; **iii)** non prevede modalità di funzionamento del meccanismo del convenuto aggiunto e della procedura di previo coinvolgimento della Corte che consentano di preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione; **iv)** ledere le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione riguardo al controllo giurisdizionale degli atti, delle azioni o delle omissioni dell'Unione in materia di PESC, in quanto affida il controllo giurisdizionale di alcuni di tali atti, azioni od omissioni in via esclusiva ad un organo esterno all'Unione

⁵⁰ In particolare, B. DE WITTE e S. IMAMOVIĆ, *Opinion 2/13 on accession to the ECHR: defending the EU legal order against a foreign human rights court*, E.L. Rev. (40) 2015, p. 704 hanno osservato come *“la Corte di Giustizia ha fatto tutto quanto in suo potere per rendere l'adesione estremamente difficile, se non impossibile”*, e pertanto *“l'adesione*

Ciononostante, la Convenzione – anche e soprattutto in virtù delle previsioni contenute nella CDFUE (su cui cfr. *infra*) – riveste un ruolo particolarmente rilevante nella tutela dei diritti umani nell’ordinamento europeo⁵¹.

2.2 La CDFUE e la tutela del giusto processo

Tra le “fonti” di tutela dei diritti menzionate all’art. 6 TUE, la CDFUE rappresenta non solo la più recente, ma anche l’unica ad essere stata elaborata in seno alla stessa Unione europea.

dell’UE alla CEDU non avverrà, se non altro per molto tempo”. Ed invero, a oltre tre anni dalla bocciatura del progetto di accordo, si registrano unicamente dichiarazioni di intenti in merito a una possibile ripresa dei negoziati: cfr. Parlamento europeo, *Opinion of the Committee on Constitutional Affairs for the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs on the situation of fundamental rights in the European Union in 2015* (2016/2009 INI) del 9 novembre 2016 che “*reiterates emphatically its call on the Commission, following Opinion 2/13 of the European Court of Justice, to identify the necessary steps forward for the accession of the European Union to the ECHR, in line with the obligation set out in Article 6(2) TEU*”; Commissione europea, *Staff working document on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights in 2016* (SWD/2017/0162 final) del 18 maggio 2017, in cui si afferma che “*EU accession to the Convention remains a priority for the Commission*”; Consiglio dell’Unione europea, *Council conclusions on the application of the EU Charter of Fundamental Rights in 2016* (13200/17), del 13 Ottobre 2017 in cui si afferma che “*The Council remains committed to the EU's accession to the European Convention on Human Rights*”.

⁵¹ La Corte di Giustizia ha tuttavia già evidenziato in altre occasioni che la CEDU allo stato non può comunque ritenersi equiparata alle fonti UE. Cfr. in particolare Corte di Giustizia, caso C-617/10, *Åklagaren c Hans Åkerberg Fransson*, 26 febbraio 2013, § 44 secondo cui “*occorre ricordare che, anche se, come conferma l’articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali e anche se l’articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione, quest’ultima non costituisce, fintantoché l’Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell’ordinamento giuridico dell’Unione. Di conseguenza, il diritto dell’Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell’ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale*”.

Adottata a Nizza il 7 dicembre 2000 a seguito di una “solenne proclamazione” da parte delle Istituzioni europee⁵² e ri-proclamata (con minimi aggiustamenti) a Strasburgo nel 2007⁵³, la CDFUE rappresenta – come chiarito nel preambolo – uno strumento volto a “*riafferma[re] nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti [fondamentali]*”⁵⁴. A tal fine, la Carta – cui l’art. 6 TUE riconosce il medesimo valore giuridico dei Trattati⁵⁵ – è stata resa vincolante non solo per le Istituzioni, gli organi e gli organismi

⁵² Nelle conclusioni del Consiglio di Nizza si legge che: “*Il Consiglio europeo si compiace della proclamazione congiunta, da parte del Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione, della Carta dei diritti fondamentali, che riunisce in un unico testo i diritti civili, politici, economici, sociali e sociali finora enunciati in fonti diverse, internazionali, europee o nazionali. Il Consiglio europeo auspica che alla Carta sia data la più ampia diffusione possibile presso i cittadini dell'Unione. In conformità delle conclusioni di Colonia, la questione della portata della Carta sarà esaminata in un secondo tempo*”.

⁵³ La nuova cerimonia di proclamazione si era resa necessaria per due motivi: in primo luogo, bisognava integrare la Carta con le nuove clausole che erano state aggiunte durante i lavori di stesura del Trattato costituzionale, mai entrato in vigore; e in secondo luogo c’era la necessità di disporre di un testo autonomo da pubblicare sulla Gazzetta ufficiale, dal momento che la CDFUE era richiamata dall’art. 6 TUE senza essere stata formalmente allegata ai Trattati. Cfr, sul punto, E. PACIOTTI, *La seconda “proclamazione” della Carta dei diritti e il Trattato di riforma*, in www.europeanrights.eu.

⁵⁴ R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in Cass. Pen. 2002, p. 1882 ritiene che “*l’attribuzione alla Carta di un valore ricognitivo, e non già costitutivo, pur con l’alto grado di autorevolezza che a questa ricognizione deve essere riconosciuto in ragione della rappresentatività dell’organismo che l’ha effettuata, comporta un ulteriore vantaggio. Si evita infatti di “cristallizzare” l’opera innovativa della Corte di Giustizia nell’individuazione di nuovi diritti fondamentali, tratti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dai Trattati internazionali in materia, entrambi parametri che non vanno certo intesi come immutabili*”.

⁵⁵ Sotto un profilo strettamente giuridico, prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Carta non poteva che inquadarsi tra i cd. «atti atipici» dell’Unione e dunque priva di effetti giuridici vincolanti a carico degli Stati membri e dell’Unione: in tal senso depone peraltro la circostanza che essa non stata pubblicata nella serie L della GUUE, ma in quella C, riservata agli atti non obbligatori. Sul piano politico, tuttavia, la Carta assumeva un valore particolarmente pregnante: in primo luogo, essa poteva operare come parametro di valutazione ai fini dell’ammissione di nuovi membri nell’UE ex art 49; in secondo luogo, in base al principio di condizionalità si potevano subordinare gli aiuti ai paesi terzi alla condizione che nel Paese fossero rispettati i diritti umani; infine, la Carta poteva svolgere un ruolo importante anche nelle scelte delle Istituzioni, le quali sarebbero state *politicamente* condizionate dall’atto che avevano adottato.

dell'Unione, ma anche per gli Stati membri, nella misura in cui essi agiscano in attuazione del diritto dell'Unione⁵⁶.

Quanto alla struttura, la CDFUE codifica 50 diritti, suddivisi in sei sezioni: dignità (Capo I-art.1-5), libertà (Capo II-art.6-19), uguaglianza (Capo III-art. 20-26), solidarietà (Capo IV-art.27-38), cittadinanza (Capo V-art.39-46) e giustizia (Capo VI-art.47-50)⁵⁷. Il “giusto processo” è codificato all'interno del capo dedicato alla giustizia, ed in particolare al secondo comma dell'art. 47, rubricato “*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*”, che stabilisce quanto segue:

Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. art. 51 CDFUE. L'ambito di applicazione della CDFUE in relazione alle condotte degli Stati membri è stato definito dalla Corte di Giustizia nel caso C-617/10, *Akerberg Fransson*, 26 febbraio 2013, che ha a tal fine fornito l'interpretazione della espressione “*nell'attuazione del diritto dell'Unione*”. Secondo la Corte “*non possono [...] esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione*”, e per tale ragione anche normative che non costituiscono *stricto sensu* implementazione del diritto europeo – ma che sono comunque volte a preservare gli interessi dell'Unione – rientrano nell'ambito di applicazione della Carta. Per un commento si veda J ZILLER, *Articolo 51*, in R. MASTROIANNI, O. POLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano 2017 pp. 1052-1057.

⁵⁷ Come suggerito da M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in (a cura di) F.BASSANINI e G.TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008 p. 94, la tecnica redazionale per valori ha importanti conseguenze sul piano interpretativo: suggerisce infatti all'interprete di leggere i singoli diritti alla luce dei valori di riferimento attorno ai quali i diritti sono raggruppati. Ad esempio, il fatto che il diritto all'istruzione sia stato rubricato sotto il valore della libertà, determina (forse) una preminenza assiologica degli aspetti della libertà implicati nel generale diritto all'istruzione.

⁵⁸ Cfr. art. 47 CDFUE. Il primo comma stabilisce che: “*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo*”, mentre il terzo comma prevede che “*A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia*”. Come osservato da P. DE PASQUALE, *La tutela dei diritti dell'accusato nell'Unione europea*, in A. TIZZANO (a cura di) *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016 p. 119 “*il principio ispiratore [dell'art. 47] è [...] quello dell'equità processuale, ma la sua attuazione avviene spesso attraverso altri*

Fermo restando il dato letterale, il contenuto del diritto al giusto processo – al pari di quella degli altri diritti – è in ogni caso concretamente definito grazie all’ausilio di due strumenti: da un lato, le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (“**Spiegazioni**”)⁵⁹ che – come si legge nel Preambolo – pur non avendo “*di per sé status di legge, [...] rappresentano un prezioso strumento d’interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta*”; dall’altra, le “disposizioni generali” della CDFUE (Capo VII-art. 51-54), che contestualizzano e regolano le necessarie interazioni tra la Carta e gli altri strumenti di tutela.

Per quanto concerne le Spiegazioni fornite in relazione all’art. 47 CDFUE, esse istituiscono un parallelo con la CEDU, chiarendo come tale articolo “*corrisponde all’articolo 6, paragrafo 1 della CEDU [...] [e pertanto] le garanzie offerte dalla CEDU si applicano in modo analogo nell’Unione*”. Il collegamento tra le due fonti di tutela è poi ribadito dalle disposizioni generali della CDFUE, ed in particolare dagli articoli 52 e 53 CDFUE:

- l’art. 52, rubricato “portata dei diritti garantiti”, si occupa delle limitazioni che possono essere apportate ai diritti fondamentali garantiti dalla CDFUE⁶⁰, ed al terzo comma prevede che – laddove si

principi o ne implica la contemporanea utilizzazione. [...] In sostanza, le Corti europee sulla base delle tradizioni processuali comuni agli Stati hanno individuato e assicurato tutela a molti principi e diritti di carattere generale, delineando un catalogo ampio (e aperto) di garanzie, riconducibili al concetto di buona amministrazione della giustizia”.

⁵⁹ Cfr. *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, GU C 303, 14.12.2007. Esse sono richiamate tanto nell’art. 6 TUE laddove si afferma di “*tene[re] in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta*”, che all’art. 52(7) della CDFUE ai sensi del quale “*i giudici dell’Unione e degli Stati membri tengono ne debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l’interpretazione della presente Carta*”.

⁶⁰ “Art. 52 – Portata dei diritti garantiti – Eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano

richiamino diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU – si debba far riferimento a quest’ultima (ed alla relativa giurisprudenza della Corte EDU⁶¹) per identificarne significato e portata. Sono poi le Spiegazioni a definire quali siano i diritti corrispondenti, e quali invece quelli di contenuto analogo, ma con una portata più estesa, cui si applica la tutela più garantista della Carta⁶²;

- l’art. 53, rubricato “livello di protezione”⁶³, si occupa della relazione tra la Carta e gli altri strumenti di protezione dei diritti dell’uomo, e

fondamento nei trattati comunitari o nel Trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art 52* in (a cura di) L.S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002 p. 135 ss, nota come emerga dalla disposizione una gerarchia dei diritti fondamentali: i diritti di cui al primo comma potrebbero essere limitati attraverso norme di diritto derivato, quelli di cui al secondo comma solo attraverso norme dei Trattati, e quelli di cui al terzo comma non sono ritenuti modificabili.

⁶¹ Al riguardo, N. Lazzerini ha evidenziato come il “rinvio alla CEDU deve essere inteso in senso essenzialmente dinamico, al fine di prevenire o risolvere eventuali divergenze interpretative tra le due Corti europee”: cfr. N. LAZZERINI, *Articolo 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano 2017 p. 1069.

⁶² Lo scopo della disposizione sembra essere quello di evitare la creazione di due diversi standard di tutela dei diritti dell’uomo e quindi possibili conflitti tra la Corte di Giustizia e la Corte EDU: cfr. R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta...* *op.cit.*, p. 1878 ss. Alcuni autori hanno tuttavia osservato come la norma generi più inconvenienti che vantaggi, dal momento che rende “incompleta” la Carta, che necessiterà sempre di continue integrazioni dalla CEDU, costringendo l’interprete a un continuo confronto con la Convenzione: cfr. sul punto A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell’uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv.it.dir.pub.com.*, 2005 p.534-547.

⁶³ “Art. 53 – Livello di protezione – Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”. Le finalità di tale disposizione sono essenzialmente due: da un lato, salvaguardare il livello di protezione eventualmente più ampio offerto dal diritto dell’Unione, dall’altro ribadire che la Carta non intende sostituirsi alle forme di tutela presenti nei diversi

stabilisce come nessuna disposizione della Carta possa essere ritenuta limitativa o lesiva della CEDU, che dunque viene a rappresentare – di fatto – il livello minimo di tutela al di sotto del quale non è possibile scendere.

La costante interrelazione tra CEDU e Unione europea – agevolata proprio dalle menzionate norme di coordinamento – ha generalmente consentito di elaborare un’interpretazione unitaria dei diritti fondamentali, condivisa da entrambe le Corti⁶⁴. Ciò vale anche per il diritto al giusto processo, la cui elaborazione giurisprudenziale ad opera della Corte di Giustizia si fonda, in larga misura, sulla giurisprudenza della Corte EDU.

Tale ragione suggerisce dunque di trattare unitariamente il tema dell’effettiva portata del diritto al giusto processo, per come interpretato tanto dalla Corte di giustizia che dalla Corte EDU: a tale argomento sarà pertanto dedicato il successivo paragrafo.

3. Il diritto al giusto processo nell’interpretazione della CEDU e della CDFUE

Provando a sistematizzare la fluviale giurisprudenza delle Corti appare possibile – anche alla luce dell’oggetto del presente lavoro – identificare quattro voci in cui si articola il giusto processo.

ordinamenti costituzionali nazionali, comunitari o internazionali. Sul punto, cfr. A. FERRARO, *Le disposizioni finali ... op. cit.*, p.547-553.

⁶⁴ Come osservato da N. LAZZERINI, *Articolo 52*, op. cit., p. 1072 “*in considerazione del fatto che le due Corti europee perseguono obiettivi differenti i conflitti sono fisiologici, benché siano circoscritti a casi particolari e destinati per lo più ad essere appianati con il passare del tempo*”.

In primo luogo, il **diritto ad un giudice indipendente ed imparziale**. Volendo tentare il non agevole esercizio di separare tali due nozioni⁶⁵, è possibile affermare come l'indipendenza sia legata alla funzione svolta, mentre l'imparzialità concerne piuttosto le modalità di esercizio del potere giurisdizionale.

Quanto alla verifica del rispetto di tali requisiti, deve evidenziarsi come generalmente, ai fini del giudizio di indipendenza, si esamini “*il modo di designazione dell'organo, la durata del mandato dei suoi componenti e l'esistenza di reali garanzie contro pressioni esterne*”, nonché se vi sia stata o meno parvenza di indipendenza⁶⁶. Più complesso è invece il discorso concernente il rispetto del principio di imparzialità, a sua volta articolato in due distinti profili: “*uno soggettivo, riferentesi al foro interno, ed uno oggettivo, consistente nel verificare se il giudice offra garanzie sufficienti ad escludere ogni diverso, ragionevole dubbio*”⁶⁷. Il profilo soggettivo – consistente nel divieto per il giudice di esprimere opinioni preconconcette o pregiudizi personali – si presume sino a prova contraria⁶⁸, mentre quello oggettivo è soggetto ad un più attento scrutinio, dovendosi verificare – *inter alia* – che non vi sia commistione tra chi adotta la decisione e chi svolge il ruolo di accusatore⁶⁹.

⁶⁵ È la stessa Corte EDU ad aver affermato in alcuni casi come fosse “*difficult to dissociate the question of impartiality from that of independence*”: cfr. Corte EDU, *Langborger c Svezia*, 22 giugno 1989, §32.

⁶⁶ Cfr. Corte EDU, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, 24 giugno 1984, § 78.

⁶⁷ Cfr. Corte EDU, *Piersack c. Belgio*, 1 ottobre 1982, § 30.

⁶⁸ Corte EDU, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c Belgio*, 23 giugno 1981, § 58

⁶⁹ La Corte EDU – facendo proprie le parole del giudice inglese Moses – ha infatti osservato come “*uno dei principali problemi derivanti dall'esistenza di un legame tra un tribunale chiamato a valutare i fatti ed una delle parti del giudizio è rappresentato dall'impossibilità di comprendere fino a che punto il giudizio reso possa essere stato influenzato*”: cfr. Corte EDU, *Tsfayo c Regno Unito*, 14 novembre 2006, § 33.

A tal riguardo, è bene però precisare che non è richiesta una separazione strutturale tra funzioni giudicanti e funzioni inquirenti, essendo stata ritenuta ammissibile anche una mera “separazione interna”, purché funzionale ad impedire influenze indebite nell’adozione della decisione⁷⁰.

Le garanzie di indipendenza ed imparzialità appena descritte non sono applicate in maniera omogenea per tutti i diritti: quando sono in contestazione i diritti civili si è infatti ritenuto ammissibile che sugli stessi si pronunci in prima battuta un soggetto che non offra le garanzie di cui all’art. 6 CEDU, purché la decisione adottata possa poi essere impugnata innanzi ad un tribunale dotato di “*piena giurisdizione*”⁷¹; una simile possibilità è stata invece espressamente esclusa in relazione alle accuse penali, che pertanto andranno valutate sin da subito da soggetti dotati di indipendenza ed imparzialità⁷². Si tratta, tuttavia, di una regola che incontra una significativa eccezione per le cc.dd. “*minor offences*” (o reati di particolare tenuità), che – non ricadendo nel “nocciolo duro” del diritto penale – sono state ammesse a beneficiare del medesimo regime previsto per i diritti civili⁷³.

In secondo luogo, la **garanzia di un corretto svolgimento del processo**. Rientrano in tale categoria:

- la parità delle armi, che garantisce a ciascuna parte di poter beneficiare di una ragionevole possibilità di esporre la propria posizione e produrre prove in condizioni che non la penalizzino rispetto alla parte

⁷⁰ Cfr. Corte EDU, *Dubus c Francia*, 11 giugno 2009, §§ 57-60, in cui la Corte ha escluso che la *Commission bancaire* francese possedesse le caratteristiche di indipendenza richieste dall’art. 6 CEDU, in quanto non era avvisabile neanche una “separazione funzionale” tra accusa e organo giudicante. Per un commento su tale pronuncia cfr. P. Van Cleynenbreugel, *Effectiveness through fairness? ‘Due process’ as an institutional precondition for effective decentralized EU competition law enforcement*, in P. Nihoul e T. Skoczny (eds.) *Procedural fairness in competition proceedings*, cit., p. 59-61.

⁷¹ Cfr. Corte EDU, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c Belgio*, 23 giugno 1981, § 51.

⁷² Cfr. Corte EDU, *Jussila c Finlandia*, 23 novembre 2006, § 40.

⁷³ Cfr. Corte EDU, *Ozturk c Germania*, 21 febbraio 1984, § 56.

avversa⁷⁴. Tale principio – che rappresenta la trasposizione, sul piano processuale, del principio di eguaglianza⁷⁵ – non impone “*un’assoluta simmetria o perfetta reciprocità di diritti e di doveri per tutte le parti*”⁷⁶, ma richiede unicamente di attribuire a queste ultime una posizione “ragionevolmente comparabile”, evitando il riconoscimento di “posizioni privilegiate” in capo a una di esse, anche qualora si tratti dello Stato⁷⁷. In virtù del suo contenuto, la Corte EDU in alcuni casi (forse, in maniera più appropriata) ha parlato di “principio dell’equilibrio tra le parti”⁷⁸.

- il diritto al contraddittorio, strettamente connesso al principio della parità delle armi⁷⁹, consistente nella possibilità per le parti di controdedurre in ordine a tutte le prove presentate o tutti gli atti depositati, al fine di poter influenzare la decisione del giudice⁸⁰. A tale scopo, il diritto al contraddittorio presuppone ed incorpora il diritto ad essere informati degli addebiti dall’autorità procedente⁸¹ e il diritto di

⁷⁴ Cfr. Corte di Giustizia, caso C-199/11, *Otis*, 6 novembre 2012, §§ 71 e 72; Corte EDU, *Delacourt c Belgio*, 17 gennaio 1970, § 34.

⁷⁵ Cfr. sul punto A. Scarpa, *L’introduzione e la trattazione della causa*, in Giur. Merito, (1) 2011, p.258 che afferma come “*il canone della parità delle armi rappresenta l’ipostatizzazione sul piano processuale del principio di eguaglianza formale ex art. 3 Cost*”; diversamente, F. Matscher, *L’equo processo nella convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Riv. trim. dir. e proc. civ., (60) 2006, p. 1160 ritiene che la parità delle armi vada oltre la mera uguaglianza formale.

⁷⁶ In questi termini, M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, Torino (2005), p. 17,

⁷⁷ Cfr. Corte EDU, *Hentrich c. Francia*, 22 settembre 1994.

⁷⁸ Cfr. *ex multis* Corte EDU, *Raffinerie greche Stran e stratis andreadis c Grecia*, 9 dicembre 1994, § 46.

⁷⁹ Nonostante la stretta interrelazione tra i due principi, non è ravvisabile alcuna sovrapposizione tra gli stessi: si consideri infatti che se una sola delle parti ha accesso ad un documento dell’istruttoria, si avrà violazione del principio di parità delle armi, mentre se tale documento è sottratto all’accesso di ambo le parti, vi sarà una violazione del principio del contraddittorio, dal momento che ciò non consentirebbe alle parti l’esercizio del diritto di replica.

⁸⁰ Cfr. Corte EDU, *Rowe e Davis c. Regno Unito*, 16 febbraio 2000, § 60.

⁸¹ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-135/92, *Fiskano AB contro Commissione*, 29 giugno 1994, § 39 secondo cui la possibilità di essere informato degli addebiti e – conseguentemente – far

accesso ai documenti sui quali l'autorità intende fondare la decisione finale⁸².

È il caso di osservare come nell'assicurare il diritto al contraddittorio, la Corte EDU vada ben oltre il dato formale della mera possibilità delle parti di partecipare al procedimento⁸³, richiedendo che le stesse dispongano – nell'ambito di una procedura che pregiudichi sensibilmente i loro interessi⁸⁴ – di una ragionevole opportunità di argomentare su tutte le circostanze del caso, e che dunque partecipino “effettivamente” al procedimento⁸⁵.

- il diritto ad un'udienza pubblica innanzi al giudice incaricato della risoluzione della controversia⁸⁶. La Corte EDU ha a più riprese chiarito come “*un'udienza orale e pubblica costituisce un principio fondamentale racchiuso nell'art. 6 CEDU*”⁸⁷, specialmente in relazione alle controversie di natura penale⁸⁸, dal momento che consente alla parte “*di essere "sentito" e, in particolare, godere della possibilità di esporre oralmente i suoi motivi di difesa, di ascoltare le*

conoscere il proprio punto di vista “*costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario e dev' essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi*”.

⁸² Cfr. Corte di Giustizia, cause riunite C-56/64 e 58/64, *Consten e Grundig*, 13 luglio 1966, in cui si afferma che le parti del procedimento devono essere informate delle circostanze di fatto sulle quali gli addebiti sono fondati, pur senza che sia necessaria la comunicazione dell'intero fascicolo.

⁸³ Cfr. Corte EDU, *Feldbrugge c Olanda*, 29 maggio 1986, § 44

⁸⁴ Cfr. *ex multis*, Corte di Giustizia, causa C-315/99 P, *Ismeri Europa Srl c Corte dei conti delle Comunità europee*, 10 luglio 2001, § 28.

⁸⁵ Cfr. Corte EDU, *Susanna Ros Westlund c Islanda*, 6 dicembre 2007, § 33. Al riguardo, cfr. altresì O.J. SETTEM, *Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings*, Springer, 2016, pp. 100-102.

⁸⁶ Cfr. *ex multis*, Corte EDU, *Martinie c. France*, 12 aprile 2006, § 40

⁸⁷ Cfr. *ex multis*, Corte EDU, *Fredin (2) c Svezia*, 23 febbraio 1994, § 21.

⁸⁸ Sebbene infatti tale principio sia trasversalmente applicabile tanto ai procedimenti civili che a quelli penali, la stessa Corte ha chiarito come l'onere di organizzare l'udienza sia più stringente con riferimento a tale seconda tipologia di processi: cfr sul punto Corte EDU, *Dombo Beheer B.V. c Olanda*, 9 settembre 1992, § 32.

testimonianze a carico e di controinterrogare i testimoni"; al contempo, tuttavia, ha riconosciuto che – qualora la controversia non riguardi il “nocciolo duro” del diritto penale – sia possibile prevedere alcune specifiche limitazioni a tale diritto, sempre a condizione che ciò consenta alla Corte di “*pronunciarsi in modo equo e ragionevole sulla base delle conclusioni presentate dalle parti e di altri elementi*”⁸⁹.

Completano, infine, le garanzie espressione del “giusto processo” **l’onere di motivazione delle decisioni e la ragionevole durata del processo.**

Quanto alla prima, si tratta di una garanzia tesa ad assicurare la trasparenza del processo valutativo, che onera l’organo giudicante di indicare i motivi su cui si fonda la decisione assunta⁹⁰. Se dunque il contenuto del diritto è agevolmente definibile, la sua portata invece non potrà essere determinata *a priori* ma andrà definita caso per caso, in considerazione della natura della decisione e delle specifiche circostanze che vengono in rilievo⁹¹. Resta, tuttavia, comunque escluso che tale onere possa spingersi sino a ricomprendere il dovere di fornire una risposta esaustiva su ciascuna delle argomentazioni prospettate dalle parti⁹².

Quanto al principio della **ragionevole durata del processo**⁹³, esso è evidentemente volto ad assicurare l’effettività della tutela, posto che una

⁸⁹ Cfr. Corte EDU, *Jussila c. Finlandia*, cit., §§ 40-42, in cui la Corte afferma che l’udienza può essere omessa nei casi “*che non sollevano questione di credibilità o che non scatenano controversia sui fatti che necessitano di una udienza*”.

⁹⁰ Si osservi come l’art. 41(2) lett. c) CDFUE estenda espressamente tale onere ai procedimenti amministrativi.

⁹¹ Cfr. Corte EDU, *Higgins c. Francia*, 19 febbraio 1998, § 42

⁹² Cfr. Corte EDU, *Van de Hurk c. Olanda*, 19 aprile 1994, § 61.

⁹³ In dottrina cfr. *ex multis* A. PAPA, *Brevi considerazioni sulla tutela del diritto alla ragionevole durata del processo tra giudici nazionali e Corte europea dei diritti dell’uomo*,

giustizia tardiva corrisponde ad una tutela negata. Al fine di valutare la durata di una procedura, la Corte EDU prende in considerazione tre elementi: (i) la complessità del caso; (ii) il comportamento dell'autorità procedente; (iii) la condotta dei ricorrenti⁹⁴. È tuttavia il caso di osservare come – al fine di ritenere “eccessiva” la durata della procedura – non sia sufficiente incorrere in un ritardo “verosimilmente evitabile”, essendo invece necessario che lo stesso sia “molto grave”, tale da superare la soglia di tollerabilità⁹⁵.

Le quattro garanzie appena delineate – ancorché esclusivamente nei loro caratteri salienti – non esauriscono la portata dell'art. 6 CEDU; tuttavia, trattandosi di quelle certamente più rilevanti (e sulle quali si concentra la maggior parte della casistica), esse rappresentano certamente un valido *benchmark* per valutare la compatibilità del sistema di *antitrust enforcement* nazionale con l'art. 6 CEDU e 47 CDFUE.

4. Le conseguenze risarcitorie derivanti dalla violazione degli artt. 47 CDFUE e 6 CEDU

In caso di violazione delle disposizioni degli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE le imprese danneggiate potranno presentare una domanda per ottenere un ristoro pecuniario per il pregiudizio subito. L'accesso a ciascuno dei due rimedi prevede una specifica procedura, di cui di seguito saranno delineati i tratti essenziali.

Al fine di ottenere l’**“equa soddisfazione” per violazione dell’art. 6 CEDU**, il ricorrente dovrà farne espressa richiesta nell’ambito del giudizio

in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela Multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, 303-326.

⁹⁴ Cfr. Corte EDU, *Frydlender c Francia*, 27 giugno 2000, § 43. A volte la Corte ha altresì adottato un approccio “globale”, senza distinguere i tre requisiti: cfr. Corte EDU, *Obermeier c Austria*, 28 giugno 1990, § 72.

⁹⁵ Corte EDU, *Pretto c Italia*, 8 dicembre 1983, § 37.

innanzi la Corte EDU – che, come noto, potrà essere instaurato solo una volta che siano esaurite le vie di ricorso interne (cfr. art. 35 CEDU) - stimando l'ammontare del danno di cui chiede la liquidazione. In particolare, secondo le *Istruzioni pratiche*⁹⁶ fornite dalla Corte EDU, i ricorrenti potranno stimare le seguenti voci: i) il danno materiale, articolato in danno emergente e lucro cessante; ii) il danno morale, liquidabile anche per le persone giuridiche e consistente nei danni reputazionali subiti dall'impresa nonché nei disagi e turbamenti di carattere psicologico subiti dalle persone preposte alla gestione della società⁹⁷; iii) le spese sostenute nel procedimento nazionale ed innanzi alla Corte EDU.

I giudici, tuttavia, provvederanno a liquidare tale danno solo qualora ritengano che lo Stato membro non sia in grado “*se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione*” (cfr. art. 41 CEDU): difatti, nel sistema di tutele delineato nella CEDU, il ristoro economico rappresenta un rimedio residuale, da concedere solo laddove non sia possibile garantire al danneggiato una riparazione in forma specifica. Pertanto, qualora la Corte EDU condanni uno Stato per violazione dell'art. 6 CEDU – ed il ricorrente abbia formulato apposita domanda di indennizzo – i giudici di Strasburgo dovranno in prima battuta valutare se lo Stato possa concedere una riparazione in forma specifica (anche riaprendo il procedimento nazionale, su cui si è formato il giudicato) e solo in caso di esito prenderanno in considerazione la domanda di equa soddisfazione presentata dal ricorrente.

In tale ultima ipotesi, peraltro, i giudici – prima di procedere alla quantificazione della sanzione - dovranno valutare se l'accertamento della

⁹⁶ Cfr. Corte EDU, Istruzioni pratiche – Domande di equa soddisfazione, 28 marzo 2007 disponibili sul sito internet https://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ITA.pdf

⁹⁷ La possibilità per le persone giuridiche di richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale è stata ammessa dalla Corte EDU, *Comingersoll S.A. c. Portogallo*, 6 aprile 2000, § 35.

violazione possa costituire di per sé una adeguata equa soddisfazione, e solo qualora non lo ritengano sufficiente liquideranno un ammontare ritenuto “equo” alla luce delle richieste del ricorrente e delle specifiche circostanze della causa (valutando, ad esempio, il ruolo del ricorrente nella causazione del danno e la situazione economica dello Stato convenuto).

Anche la **violazione dell’art. 47 CDFUE può dare luogo a risarcimento del danno**. Nel corso degli anni, infatti, la Corte di Giustizia – fondandosi sul primato del diritto dell’Unione, sull’effettività delle sue norme e della loro uniforme applicazione e sul principio di leale collaborazione tra istituzioni dell’Unione e Stati membri (art. 4, n. 3, TUE) – ha sviluppato il principio della responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione delle norme dell’Unione europea⁹⁸. Al fine di poter beneficiare di tale rimedio, il soggetto che si ritiene danneggiato da un comportamento (attivo o omissivo) dello Stato – in tutte le sue articolazioni – dovrà rivolgersi al proprio giudice nazionale (senza necessariamente attendere l’esaurimento delle vie di ricorso interne, come richiesto dalla CEDU), fornendo la prova della sua ragionevole diligenza per evitare il danno e limitarne l’entità. A sua volta, il giudice adito dovrà verificare: i) che la norma del diritto dell’Unione violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; ii) che si tratti di una violazione sufficientemente caratterizzata (ossia una violazione “grave e

⁹⁸ Come del resto osservato dall’AG Leger, nelle proprie conclusioni nel caso Corte di giustizia, causa C-224/01, *Kobler c. Austria*, 8 aprile 2003, § 35 “*l’obbligo risarcitorio costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, fondamentale come quello del primato del diritto comunitario o dell’efficacia diretta. Infatti, così come questi due principi, l’obbligo per lo Stato di risarcire i danni causati ai singoli dalla violazione del diritto comunitario contribuisce a garantire la piena efficacia del diritto comunitario mediante una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che ai singoli derivano dall’ordinamento giuridico comunitario. Per di più, il principio della responsabilità dello Stato costituisce il necessario prolungamento del principio generale della tutela giurisdizionale effettiva o del “diritto al giudice”, la cui rilevanza è stata regolarmente sottolineata dalla Corte e la cui portata è stata costantemente estesa nel corso di tutta la sua giurisprudenza*”. Si precisa che una compiuta disamina del tema (ampio e complesso) della responsabilità degli Stati per violazione del diritto dell’Unione e del risarcimento del relativo danno esula dall’oggetto del presente lavoro. Sul punto, si rinvia, tra gli altri, a F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell’Unione*, Milano (2012).

manifesta”); iii) che sussista un nesso di causalità tra la violazione dell’obbligo posto a carico dello Stato membro ed il danno subito dal soggetto leso⁹⁹.

La comprova di tali requisiti potrebbe essere agevolata alla luce del *revirement* operato dalla Corte di Giustizia¹⁰⁰ nel caso *Gascogne*, in cui la Corte di Giustizia¹⁰¹ prima, ed il Tribunale poi¹⁰² hanno riconosciuto per la prima volta la responsabilità extracontrattuale dell’Unione per violazione dell’art. 47 CDFUE (a causa dell’eccessiva durata del procedimento innanzi al Tribunale UE). In tali pronunce, infatti, i giudici hanno ritenuto che la violazione di uno dei principi contenuti nell’art. 47 CDFUE (i.e. la ragionevole durata del processo) fosse qualificabile come “*una violazione sufficientemente qualificata di una norma di diritto dell’Unione intesa a conferire diritti ai singoli*”¹⁰³. Ne discende che, parafrasando quanto

⁹⁹ Tali requisiti sono stati esplicitati in Corte di Giustizia, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheurs e Factortame*, 5 marzo 1999, § 51.

¹⁰⁰ Antecedentemente alla sentenza *Gascogne*, infatti, si era registrata una certa retrosia della Corte a riconoscere che potesse intentarsi un’azione di responsabilità sulla base dell’art. 47 CDFUE: si consideri ad esempio che nel caso *Baustahlgewebe* la Corte – riscontrata una violazione del principio di durata ragionevole del giudizio – ha ritenuto di limitarsi ad accogliere parzialmente il motivo sulla quantificazione della sanzione “*per ragioni di economia processuale e al fine di garantire un rimedio immediato ed effettivo a tale vizio procedurale*” (cfr. Corte di Giustizia, causa C-185/95 P *Baustahlgewebe*, 17 dicembre 1998, § 48). Sull’evoluzione del diritto al risarcimento del danno nei casi di durata irragionevole del procedimento si rimanda a A. MAFFEO, *Il délai raisonnable nel contenzioso dell’Unione europea*, Napoli 2016, pp. 91-128.

¹⁰¹ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-58/12 P, *Groupe Gascogne SA*, 26 novembre 2013, §§ 88 e 96. In tale pronuncia i giudici hanno infatti ritenuto che un rimedio effettivo e di applicazione generale per far valere la violazione dell’art. 47 (a causa della durata “irragionevole” del procedimento) era rappresentato dall’azione risarcitoria da esercitarsi davanti al Tribunale UE, evidenziando altresì come nel caso di specie vi fosse “*una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli*”.

¹⁰² Cfr. Tribunale UE, causa T-577/14, *Gascogne c Unione europea*, 10 gennaio 2017.

¹⁰³ Cfr. Tribunale UE, causa T-577/14, *Gascogne c Unione europea*, 10 gennaio 2017, § 78. Per un commento alla pronuncia si rinvia a V. CAPUANO, *Responsabilità extracontrattuale dell’Unione Europea per eccessivo ritardo di una sentenza del Tribunale: la sentenza Gascogne, ovvero quando il colpevole ammette le sue colpe*, Dir. Un. Eur. 2 (2017), p. 365-388. L’analisi della Corte è in realtà relativa al diritto alla ragionevole durata del procedimento, ma non vi sono ragioni ostative all’estensione di tale conclusione anche agli

affermato dall'AG Wathelet in un caso di responsabilità extracontrattuale dell'Unione¹⁰⁴, *“delle tre condizioni richieste per determinare la responsabilità extracontrattuale [...], ossia l'esistenza di una norma di diritto dell'Unione diretta a tutelare i singoli [...], la violazione sufficientemente qualificata di tale norma e l'esistenza di un nesso causale fra tale violazione e il danno, il [giudice nazionale] sia tenuto ad esaminarne unicamente l'ultima, ivi inclusa la valutazione del danno stesso”*¹⁰⁵.

Laddove il giudice ritenga la pretesa fondata, liquiderà un ammontare che, in linea con le indicazioni della Corte di Giustizia¹⁰⁶, sia idoneo a risarcire integralmente il ricorrente per il pregiudizio subito, e che ricomprenda non solo il danno emergente, ma anche il lucro cessante e gli interessi a partire dal giorno del verificarsi dell'evento dannoso.

SEZIONE II – IL RISPETTO DEL GIUSTO PROCESSO DA PARTE DELL'AGCM

5. Natura e funzioni dell'AGCM

5.1 L'AGCM ed il procedimento istruttorio in materia di intese ed abusi di posizione dominante

altri diritti codificati nell'art. 47 e che – nel complesso – sono funzionali a garantire il giusto processo.

¹⁰⁴ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-580/12 P, *Guardian Industries e Guardian Europe*, Conclusioni dell'AG Wathelet, 20 aprile 2014.

¹⁰⁵ Id., § 122.

¹⁰⁶ Cfr. Corte di Giustizia, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheurs e Factortame*, 5 marzo 1999

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ("AGCM") è l'istituzione deputata alla tutela della concorrenza in Italia¹⁰⁷.

Istituita con la legge 287/1990¹⁰⁸, essa si compone di un Presidente e di altri due membri (il "**Collegio**")¹⁰⁹ che operano "*in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*"¹¹⁰. Al di sotto del Collegio opera una struttura amministrativa articolata in Direzioni generali, Direzioni ed Uffici competenti per materia¹¹¹ e sottoposta al coordinamento del Segretario generale¹¹². Quest'ultimo assiste – senza diritto di voto – alle riunioni del Collegio dell'AGCM¹¹³.

¹⁰⁷ Per una descrizione del procedimento *antitrust* nazionale si rinvia a S. STELLA, *Il procedimento antitrust dinanzi all'AGCM*, in L.F. PACE (ed.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli 2013, pp. 155-169, e P. FATTORI e M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010.

¹⁰⁸ Cfr. Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

¹⁰⁹ Cfr. art. 10 l. 287/90 che stabilisce altresì che la loro nomina sia effettuata "*d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*". Inoltre, il medesimo articolo afferma che "*i membri dell'Autorità sono nominati per sette anni e non possono essere confermati. Essi non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura. I dipendenti statali sono collocati fuori ruolo per l'intera durata del mandato*".

¹¹⁰ Cfr. art. 10 l. 287/90.

¹¹¹ Cfr. art. 12 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato – Delibera AGCM 26614/17 ("**Regolamento organizzativo**"), ai sensi del quale: i) le Direzioni Generali sono tre (Concorrenza, Tutela del Consumatore e Amministrazione) e sono a loro volta articolate in Direzioni e Uffici; ii) la Direzione Generale Concorrenza è articolata in cinque Direzioni settoriali (Energia e industria di base, Comunicazioni, Credito Poste e Turismo, Agroalimentare Farmaceutico e Trasporti, Manifatturiero e Servizi); iii) ciascuna Direzione è composta da più Uffici. L'organigramma dell'AGCM è disponibile al seguente link: <http://www.agcm.it/organigramma.html?view=uffici>.

¹¹² Cfr. art. 11(5) l. 287/90 che ne assegna la nomina al Ministero dello Sviluppo economico, su proposta del Presidente dell'AGCM. Sul punto, cfr. altresì art. 11 del Regolamento organizzativo, ai sensi del quale tale figura "*sovrintende al funzionamento degli uffici, al fine di assicurarne il buon andamento, e ne risponde al Presidente. Assicura ai Componenti dell'Autorità ogni collaborazione per tutto ciò che concerne lo svolgimento dei loro compiti*".

¹¹³ Cfr. Regolamento organizzativo, art. 6(4).

Nel corso degli anni, sono state attribuite all'AGCM molteplici (ed a volte anche disomogenee) funzioni¹¹⁴, di cui la principale resta, tuttavia, l'accertamento e sanzione delle condotte contrarie alle regole di concorrenza: ci si riferisce in particolare alle disposizioni che vietano la realizzazione di intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante¹¹⁵.

A tal fine, l'AGCM è tenuta a seguire uno specifico procedimento amministrativo, disciplinato dal d.P.R. 217/98¹¹⁶ ed articolato in tre fasi: la fase preistruttoria, che precede l'apertura del procedimento; la fase istruttoria, caratterizzata dall'acquisizione degli elementi probatori, anche in contraddittorio con le parti; e la fase decisoria, in cui viene adottato il provvedimento finale.

Generalmente, il procedimento antitrust si attiva su impulso di soggetti terzi (imprese, PA, consumatori..) che forniscono all'AGCM gli elementi da cui desumere una possibile violazione delle regole di concorrenza. La *notitia criminis* viene quindi smistata alla direzione

¹¹⁴ Le altre competenze dell'AGCM sono: i) la valutazione delle operazioni di concentrazione e le indagini conoscitive (cfr. l. 287/90 e d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217); la disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari (cfr. art. 62 del decreto legge n. 1/2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 27/2012 e Regolamento AGCM n. 24220 del 6 febbraio 2013); iii) la pubblicità ingannevole e comparativa illecita (cfr. d.lgs. 2 agosto 2007 n. 145), le pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti e clausole vessatorie (cfr. d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), e il divieto di discriminazioni (cfr. artt. 29 e 30 d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59); iv) il conflitto di interessi (legge n. 215/2004, e Regolamento AGCM n. 13779 del 16 novembre 2004); v) l'attribuzione del *rating* di legalità (cfr. art. 5-ter del decreto legge n. 1/2012 e Regolamento AGCM 14 novembre 2012, n. 20075).

¹¹⁵ Cfr. l. 287/90, artt. 2 che vieta “*le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*” e 3 che vieta “*l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*”. Inoltre, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GU L 1 del 4.1.2003 le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli artt. 101 e 102, volti a reprimere intese ed abusi di posizione dominante nel territorio europeo.

¹¹⁶ Cfr. d.P.R. 30 aprile 1988, n. 217.

competente per materia, la quale – nell’ambito della fase cd. preistruttoria – sarà tenuta a svolgere gli accertamenti del caso, a valle dei quali potrà, alternativamente, archiviare la denuncia¹¹⁷ o proporre al Collegio dell’AGCM l’avvio della fase istruttoria.

In tale seconda ipotesi, il Collegio – valutata la posizione della direzione competente – può deliberare l’avvio dell’istruttoria¹¹⁸ assegnandone la conduzione ad un funzionario preposto (il “**Responsabile del procedimento**”) disponendo altresì – nei soli casi in cui si paventi un danno grave e irreparabile per la concorrenza – l’applicazione di misure cautelari¹¹⁹. Nella fase cd. istruttoria – che costituisce il “cuore” del procedimento – il Responsabile del procedimento procederà all’acquisizione di tutti gli elementi probatori ritenuti utili, potendo a tal fine formulare richieste di informazioni e di esibizione di documenti¹²⁰ o anche richiedere al Collegio l’autorizzazione ad ispezionare le sedi delle società coinvolte o a disporre perizie e analisi statistiche ed economiche¹²¹. Dal canto loro, le parti potranno esercitare il diritto di accedere agli atti dell’istruttoria¹²² nella

¹¹⁷ L’archiviazione può essere fondata o su ragioni di inapplicabilità della legge o di carenza dei presupposti per l’intervento dell’AGCM. Tale provvedimento potrà comunque essere impugnato dal segnalante innanzi al TAR Lazio (cfr. *ex multis*, TAR Lazio, 9 settembre 2015 n. 11132).

¹¹⁸ Cfr. d.P.R. 217/98, art. 6(1). All’istruttoria potranno anche partecipare non solo coloro ai quali è stato notificato il Provvedimento di avvio, ma anche i soggetti portatori di interessi pubblici o privati e le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell’istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa e che facciano motivata richiesta di intervenire entro trenta giorni dalla pubblicazione nel bollettino del provvedimento di avvio dell’istruttoria (cfr. d.P.R. 217/98, art. 7).

¹¹⁹ Cfr. l. 287/90, art. 14 bis.

¹²⁰ Cfr. d.P.R. 217/88, art. 9.

¹²¹ Cfr. d.P.R. 217/88, artt. 10 e 11.

¹²² Cfr. d.P.R. 217/88, artt. 7(2) b, 13(1).

versione resa loro accessibile¹²³, di essere sentiti dal Responsabile del procedimento¹²⁴ e di presentare memorie scritte¹²⁵.

Almeno trenta giorni prima della conclusione della fase istruttoria, il Responsabile del procedimento – debitamente autorizzato dal Collegio, che verifica a tal fine la “*non manifesta infondatezza delle proposte formulate dagli uffici*” – notifica alle parti la Comunicazione delle risultanze istruttorie (“**CRI**”)¹²⁶. A tale atto – che cristallizza la posizione della direzione inquirente – le parti possono replicare in una memoria da depositare non oltre il quinto giorno antecedente alla scadenza del termine di chiusura della fase istruttoria¹²⁷.

Inoltre, entro cinque giorni dal ricevimento della CRI, le Parti potranno richiedere di essere sentite innanzi al Collegio¹²⁸: in tal caso, l’audizione si terrà successivamente al deposito delle memorie di replica alla CRI. Con l’audizione – che si svolge a porte chiuse – tutte le parti (ivi inclusi gli uffici istruttori) hanno la possibilità di esporre la propria posizione e di esercitare il diritto di replica¹²⁹ su quanto sostenuto dalle controparti.

Terminata l’audizione, ha inizio la fase decisoria. Il Collegio delibererà a maggioranza l’adozione del Provvedimento finale¹³⁰ che – nella

¹²³ Ai sensi dell’art. 13 commi 2 e 3 i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti sono accessibili solo nella misura in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio; con riferimento ai documenti che contengono segreti commerciali questi possono essere considerati parzialmente accessibili qualora forniscano elementi di prova di un’infrazione o elementi essenziali per la difesa di un’impresa.

¹²⁴ Cfr. l. 287/90, art. 14.

¹²⁵ Cfr. d.P.R. 217/88, art. 7(2) a.

¹²⁶ Cfr. d.P.R. 217/88, art. 14 commi 1 e 2.

¹²⁷ Cfr. d.P.R. 217/88, art. 14(4).

¹²⁸ Cfr. d.P.R. 217/88, art. 14(5).

¹²⁹ Cfr. l. 287/90, art. 14; d.P.R. 217/88, art. 14 commi 5-7; Regolamento organizzativo, art. 19.

¹³⁰ Cfr. Regolamento organizzativo, art. 7.

prassi – riprende pressoché integralmente (finanche da un punto di vista letterale) le argomentazioni formulate dagli Uffici nella CRI. Con tale Provvedimento l'AGCM non solo accerta l'eventuale infrazione e fissa un termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse ma – nei casi di infrazioni gravi – può anche irrogare sanzioni pecuniarie nei limiti del 10% del fatturato dell'impresa¹³¹.

Avverso la decisione del Collegio è possibile proporre ricorso al TAR Lazio entro 60 giorni dalla notifica della stessa¹³² nonché successivo appello al Consiglio di Stato¹³³.

5.2 La natura dell'AGCM: autorità amministrativa o (para)giurisdizionale?

Alla luce di quanto esposto in merito all'*iter* di adozione dei Provvedimenti amministrativi da parte dell'AGCM, emergono tutte le difficoltà di inquadrare quest'ultima nell'alveo della Pubblica Amministrazione.

Tradizionalmente, infatti alla Pubblica Amministrazione spetta il compito di assicurare la tutela dell'interesse pubblico – così come determinato dalla funzione politica – attraverso l'adozione di Provvedimenti connotati da ampia discrezionalità. Non vi è però dubbio che l'AGCM svolga funzioni diverse da quelle appena descritte, che sembrano collocarla più

¹³¹ Cfr. l. 287/90, art. 14. La quantificazione delle sanzioni è operata sulla base delle “*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*” (cfr. Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152).

¹³² Cfr. art. 135(1)(b) del Codice del processo amministrativo (d.lgs 104/2010). Alternativamente, può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 8 comma 2 del d.P.R. 1199/1971 entro 120 giorni dalla data di notifica del Provvedimento.

¹³³ Si evidenzia che ai sensi dell'art. 111(8) Cost. avverso la sentenza del Consiglio di Stato è sempre ammesso ricorso per Cassazione per le sole questioni relative alla giurisdizione.

nell'alveo della funzione giurisdizionale che di quella amministrativa. L'Autorità, infatti:

- detiene una posizione di indipendenza dal potere politico-governativo, esercitando le proprie funzioni non con mera imparzialità¹³⁴, ma con neutralità (o terzietà) rispetto alle parti ed ai diversi interessi in causa.
- svolge un'attività di specificazione del parametro normativo, che emerge in diversi momenti dell'istruttoria ed attraverso diverse modalità: **i)** in primo luogo, verifica se i soggetti nei cui confronti si ipotizzano condotte anticoncorrenziali siano tra i destinatari della normativa antitrust e se dunque gli stessi rientrino nella nozione di "impresa" ai sensi degli artt. 2 e 3 della l. 287/90 (o 101 e 102 del TFUE); **ii)** in secondo luogo, valuta se la condotta posta in essere dalla/e impresa/e coinvolta/e sia sussumibile nelle categorie di comportamenti anticoncorrenziali tipizzati negli artt. 2 e 3 della l. 287/90 (o 101 e 102 del TFUE); **iii)** in terzo luogo, definisce – tramite gli strumenti offerti dall'analisi economica – l'estensione del mercato rilevante nei suoi profili merceologico e geografico, e ciò al fine di determinare l'esistenza di una posizione dominante (ex art. 3 della l. 287/90 o 102 TFUE) o di verificare se l'intesa sia idonea ad impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza sul mercato nazionale/europeo o su una sua parte rilevante (ex art. 2 della l. 287/90 o 101 TFUE); **iv)** in quarto luogo può accettare gli impegni presentati dalle parti e chiudere l'istruttoria senza accertamento dell'infrazione (ex art. 14 ter l. 287/90); **v)** in quinto

¹³⁴ L'art. 97 della Costituzione infatti prevede unicamente l'obbligo per la PA di agire con imparzialità, ossia senza porre in essere trattamenti discriminatori: una nozione ben diversa rispetto a quella di neutralità.

luogo – ai fini della determinazione dell’ammontare della sanzione – valuta gli effetti prodotti dalla condotta della/e parte/i sul mercato.

- detiene – come visto – poteri di diffida dell’eliminazione delle infrazioni e di comminazione di sanzioni amministrative pecuniarie, anch’essi analoghi a quelli del giudice ordinario, il quale può ordinare l’inibitoria di alcuni comportamenti e condannare i soggetti al pagamento di sanzioni pecuniarie.

Alla luce di tali elementi, parte della dottrina ha ritenuto che le funzioni svolte dall’AGCM fossero “*assimilabili a quelle esercitate comunemente dal giudice ordinario e amministrativo da cui la definizione di natura "paragiurisdizionale" dell’Autorità*”¹³⁵.

In favore della natura paragiurisdizionale (o addirittura giurisdizionale) si è recentemente espressa la stessa AGCM con l’ordinanza 1/2018¹³⁶ con la quale – per la prima volta dalla sua istituzione – ha rimesso una questione di costituzionalità alla Corte Costituzionale¹³⁷, sul presupposto che la propria posizione fosse equiparabile a quella del giudice, tanto sotto il profilo soggettivo che oggettivo¹³⁸.

¹³⁵ M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 110.

¹³⁶ Cfr. AGCM, Ordinanza 3 maggio 2018 n. 1, in Boll. 7 maggio 2018 n. 17 pp. 16-30. Per un primo commento sulla qualificabilità dell’AGCM come “giudice”, cfr. M. CLARICH, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*, in www.federalismi.it (15) 2018, pp. 1-4; M. LIBERTINI, *Osservazioni sull’Ordinanza 1/2018 (proc. I803) dell’AGCM* in www.federalismi.it (14) 2018, pp. 1-5.

¹³⁷ Tale scelta appare in ogni caso criticabile in una prospettiva genuinamente “europea”: come infatti correttamente osservato da V. CAPUANO, *Limiti al controllo antitrust e attività dei Consigli notarili ovvero l’art.106, comma 2, TFUE alla prova dei fatti*, in Osservatorio DUE settembre 2018, in <http://www.dirittounioneeuropea.eu> p. 7, “l’effetto diretto di cui gode l’art. 106, comma 2, TFUE [...] non dovrebbe rendere necessario il ricorso al nostro Giudice delle Leggi, seppure tramite l’art. 117, comma 1, Cost., quanto piuttosto consentire la diretta disapplicazione della norma interna ove ritenuta in contrasto”.

¹³⁸ La questione, in realtà, non è nuova: già nella Relazione annuale dell’AGCM del 1996 (p. 13) si riteneva possibile “che l’Autorità, nell’ambito di una sua istruttoria, sollevi direttamente tali questioni dianzi alla Corte Costituzionale”. Tuttavia, come correttamente

Sotto il **profilo soggettivo**, “*la composizione dell’Autorità [sarebbe] tale da porla in una posizione di indipendenza e di neutralità*”¹³⁹. Difatti: **i**) le procedure di nomina del Presidente e dei Componenti il Collegio dell’Autorità sarebbero tali da sottrarre l’istituzione a qualsiasi condizionamento e controllo, collocandola al di fuori del rapporto di subordinazione gerarchica e della potestà direttiva del potere politico; **ii**) proprio perché svolge una funzione di garanzia, l’AGCM avrebbe un grado di indipendenza e terzietà pari a quello richiesto ad un giudice, come dimostra la circostanza che le funzioni in materia antitrust potrebbero, in linea teorica, essere esercitate anche dal giudice; **iii**) la durata del mandato (limitata a sette anni e non rinnovabile), l’inamovibilità e il regime di incompatibilità costituirebbero, infine, ulteriori elementi confermativi dell’indipendenza dell’AGCM.

Sotto il **profilo oggettivo**, l’AGCM “*svolge[rebbe] funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, consistenti nella riconduzione di atti e fatti nell’ambito delle fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico*”¹⁴⁰.

L’equiparazione dell’AGCM ad un giudice – pur essendo estremamente suggestiva – non appare tuttavia appropriata, e ciò anche a voler prescindere dal mero dato formale che – facendo leva sulla

osserva M. CLARICH, *L’Autorità garante...*, cit., p. 1, “*dopo che l’art. 21-bis della legge n. 287 del 1990, [...] ha attribuito all’Autorità la legittimazione a impugnare innanzi al giudice amministrativo provvedimenti amministrativi lesivi delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, può sembrare contraddittorio riconoscere ad un tempo al medesimo soggetto il ruolo di parte anche attiva in un giudizio (davanti a un giudice “vero”) e di “giudice a quo” nell’ambito di un procedimento avente natura formalmente amministrativa, anche se caratterizzato da garanzie rafforzate rispetto a quelle generali previste dalla legge n. 241 del 1990*”.

¹³⁹ Id., p. 21.

¹⁴⁰ Id., p. 23.

qualificazione dell'AGCM come autorità "amministrativa" indipendente¹⁴¹ – fa confluire l'Autorità all'interno della Pubblica Amministrazione¹⁴².

In primo luogo, sotto il profilo soggettivo, non può infatti non rilevarsi come tra il Presidente ed il capo dell'ufficio istruttorio (i.e. il Segretario Generale) vi sia uno stretto legame, posto che il primo propone la nomina del secondo, il quale a sua volta risponde del suo operato proprio al Presidente¹⁴³: una circostanza che – come peraltro sarà ampiamente approfondito nel prosieguo – rende quanto mai dubbia l'asserita imparzialità del Collegio.

Inoltre, sotto il profilo oggettivo, deve evidenziarsi come l'attività dell'AGCM – pur non potendo qualificarsi come puramente discrezionale – presenti un alto tasso di opinabilità (dovuto alla circostanza che si basa su scienze inesatte): rinviando al II capitolo per una diffusa trattazione del tema, ci si limita in questa sede ad osservare che la definizione – ad esempio – del mercato rilevante o del contenuto della nozione di "intesa" è in ogni caso il

¹⁴¹ La denominazione di Autorità Amministrativa indipendente è stata espressamente prevista dall'art. 4 della l. 21 luglio 2000, n. 205, che ha introdotto procedure accelerate per i giudizi aventi ad oggetto proprio "*i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti*". Per la natura "amministrativa" dell'AGCM si è speso l'ex Presidente dell'AGCM G. Tesauero, secondo cui "*nella Costituzione trovano collocazione, e sono deliberatamente trattati, uno dopo l'altro, l'organo amministrativo e quello giurisdizionale: tertium non datur [...] Sentir parlare di organi paragiurisdizionali desta pertanto qualche perplessità e il timore che il concetto trascuri i paletti fondamentali dell'ordinamento [...]. Di conseguenza, a fronte dell'esistenza di due sole categorie, il problema di collocare l'Antitrust nell'una o nell'altra per me evidentemente non esiste. Se, com'è sicuro, l'alternativa è tra organo giurisdizionale e organo non giurisdizionale o amministrativo, non è contestabile la qualificazione dell'Antitrust come organo amministrativo, i cui atti sono sottoposti al controllo giurisdizionale*"; cfr. G. TESAURO, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma 2001, p. 165.

¹⁴² Mette in guardia da tale eventualità – ritenuta "*pericolosa, quanto vaga*" N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, Foro amm. TAR, (9) 2007 p. 2925. *Contra* cfr. R PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, (1) 1996, p. 126 secondo cui l'indipendenza attribuita all'AGCM rappresenta una "*posizione derogatoria, voluta dalla legge, che [la] sottrae [...]* al rispetto di regole vigenti nell'ambito dell'organizzazione in cui opera": proprio tale indipendenza rappresenterebbe "*la caratteristica principale per escludere la [...] natura amministrativa*" dell'AGCM.

¹⁴³ Cfr. l. 287/90, art. 11

frutto di una scelta “discrezionale” dell’amministrazione, ciò che smentisce le conclusioni cui giunge l’AGCM¹⁴⁴.

L’assimilazione dell’AGCM ad un giudice risulta poi ancor più insostenibile alla luce dell’orientamento del Consiglio di Stato che già in passato – sollecitato sul tema – ha espressamente escluso la “*natura giurisdizionale o paragiurisdizionale*” dell’Autorità¹⁴⁵. Si tratta, d’altronde, di una conclusione perfettamente in linea con quanto affermato dalla Corte di Giustizia nel caso *Syfait*, in cui i giudici di Lussemburgo – dichiarando irricevibile un rinvio pregiudiziale formulato dall’Autorità di concorrenza greca – hanno osservato come la stessa (che non differisce significativamente dall’AGCM) non possedesse i requisiti necessari per essere qualificata come giudice¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cfr. L. CASSETTI, *L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell’accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in www.federalismi.it (14) 2018 p. 16.

¹⁴⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199. Tale conclusione era stata già espressa nel Parere 29 maggio 1998, n. 988/97 in cui si afferma “*la natura amministrativa dell’attività [...] dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che è costruita intorno ad un nucleo centrale rappresentato da un’attività di qualificazione giuridica di atti e fatti rispetto alle regole materiali che governano il mercato, in tema di concorrenza e di pubblicità ingannevole, esercitata da un organo dotato di un grado di indipendenza più accentuato rispetto ad altre autorità. Il che, a prima vista, sembra rendere più stretto l’accostamento, sotto il profilo oggettivo, con la funzione giurisdizionale. Tuttavia, l’esercizio dei poteri di indagine, di istruttoria di sospensione cautelare e di irrogazione delle sanzioni affidati alle cure dell’autorità (art. 12, 14, 15, 17, 18 e 19 l. 10 ottobre 1990 n. 287; art. 7 d.leg. 25 gennaio 1992 n. 74), non è collegato ad una posizione di indifferenza dell’organo decidente verso gli interessi coinvolti. Ma è finalizzato all’attribuzione a tale soggetto di un ruolo di cura dell’interesse pubblico alla regolazione dell’iniziativa economica privata in funzione della tutela della concorrenza e del mercato (art. 1 e 10 l. n. 287); valori giuridici che vanno difesi non solo nei confronti dei privati ma anche delle imprese pubbliche o a prevalente partecipazione statale (art. 8 l. n. 287)*”.

¹⁴⁶ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-53/03, *Syfait*, 31 maggio 2005. In particolare, la Corte ha negato la natura giurisdizionale all’autorità di concorrenza greca osservando che la stessa da un lato, era soggetta ad un certo controllo da parte del Ministero dello Sviluppo economico, e dall’altro, come tutte le autorità nazionali, era inserita nella rete di autorità coordinata dalla Commissione (che ha il potere di avocare a sé singoli procedimenti). Si tratta di considerazioni valevoli anche per l’AGCM: essa infatti – al pari dell’autorità greca – è inserita nella rete di autorità coordinata dalla Commissione, ed inoltre il suo operato è in una certa misura sottoposto ad un controllo da parte del Governo, posto che quest’ultimo, ai sensi

Se dunque l'AGCM non può essere equiparata ad un giudice, è tuttavia innegabile che l'attività svolta da tale Autorità – pur essendo formalmente “amministrativa” – si discosti profondamente dal paradigma tradizionale, che vedeva l'Amministrazione esclusivamente come garante dell'interesse pubblico. L'avvento delle Autorità Amministrative indipendenti – come l'AGCM – ha infatti del tutto ridefinito il perimetro dell'attività amministrativa¹⁴⁷, ricomprendendo al suo interno anche la possibilità di assumere vere e proprie decisioni, “risultato di procedimenti o sub-procedimenti amministrativi contenziosi”¹⁴⁸, che sono “sì di tipo processuale, basati su di un ampio contraddittorio, ma non [sono qualificabili come] giurisdizionali”¹⁴⁹.

Ebbene, al fine di valorizzare la peculiare natura delle attività svolte dall'AGCM ed al contempo confermarne la permanenza all'interno della

dell'art. 25 l. 287/90 può derogare alla competenza dell'AGCM in materia di concentrazioni, adottando direttamente i provvedimenti di autorizzazione o diniego.

¹⁴⁷ Al riguardo, G. AMATO, Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia, Rivista trimestrale di diritto pubblico, (3) 1997, p. 663 nel ricostruire il fondamento costituzionale delle Autorità Amministrative indipendenti, richiama la tesi di “Augusto Barbera, quando scrisse che le libertà costituzionali, in ragione della gravidanza loro riconosciuta dalla Costituzione avevano bisogno di garanzie non esaurite dai vincoli imposti alla legge dalle singole disposizioni da cui esse erano previste, ma evocavano ‘istituzioni delle libertà’ capaci di tenere sotto controllo i poteri che dovessero minacciarle. Le autorità indipendenti sembrano collocarsi su questa traccia, il che porta a dire che la loro ragione legittimante deve essere reperita nella prima parte della Costituzione”

¹⁴⁸ Cfr. N. LONGOBARDI, Autorità amministrative indipendenti e diritti, cit., pp. 2925 ss.

¹⁴⁹ M. D'ALBERTI, Voce Autorità indipendenti, Enciclopedia giuridica Treccani, 1995, pp. 6-7. Al riguardo, come osserva il Consiglio di Stato, “riconoscere nell'ambito dei procedimenti antitrust il diritto al contraddittorio ed alla difesa per le parti private non implica certo il contestuale riconoscimento della natura para-giurisdizionale dell'organo alla cui competenza quei procedimenti sono attribuiti” (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 652). Sul punto, cfr. altresì S. STAIANO, Essere giudice «a limitato fine»: Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale, in www.federalismi.it (14) 2018 p. 3 secondo cui la circostanza che l'AGCM svolga un'attività sostanzialmente giurisdizionale non è sufficiente a qualificarla come giudice, in quanto significherebbe “identificare il proprium del sillogismo giudiziale nell'universo delle inferenze in cui consiste sempre, in qualsiasi sede e da parte di qualsiasi autorità, la messa in opera di un atto precettivo”.

Pubblica Amministrazione¹⁵⁰, autorevole dottrina ha suggerito di considerare il carattere paragiurisdizionale come “*un modo d'esercizio di funzioni le quali restano sostanzialmente amministrative*”¹⁵¹: esso pertanto andrà riconosciuto “*più che all'organo in quanto tale, ad alcune delle funzioni (non tutte) attribuite alle autorità indipendenti, funzioni che ben potrebbero essere esercitate [...] da organi giurisdizionali*”¹⁵².

Pertanto, pur senza porre effettivamente in discussione la natura formale dell'AGCM, che è e rimane una pubblica amministrazione, può concordarsi con chi ha ritenuto alcune funzioni dell'AGCM – ed in particolare, ai fini della presente analisi, la competenza a condurre procedimenti istruttori in materia di intese ed abusi di posizioni dominanti –

¹⁵⁰ Al riguardo, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 168 afferma che “è fuori di dubbio che [l'AGCM] debb[a] essere considerat[a] amministrazion[e]. Se non altro per la semplice ragione che, stante l'impossibilità di definire l'attività amministrativa (e dunque di identificare le amministrazioni) attraverso un criterio contenutistico, giacché una caratterizzazione oggettiva della funzione amministrativa non esiste, non resta che definirla – secondo il noto schema risalente a Laband – attraverso un criterio residuale: è attività amministrativa tutto ciò che non è di competenza né dei giudici né delle Camere, e può consistere anche in atti normativi (regolamenti) o in attività decisorie, come ad es. la decisione dei ricorsi gerarchici o dei ricorsi straordinari al Capo dello Stato. Sotto taluni profili [...] le funzioni delle autorità sono assimilabili a quelle giurisdizionali. Tale assimilazione giunge al più a qualificarle come quasi giurisdizionali, ma appunto quasi, e dunque sempre amministrative”. In termini, D. IELO, *Autorità indipendenti e giudice: cooperazione e sindacato*, (1) *Amministrare*, 2006, pp. 210-212 secondo cui “si può e si deve parlare di natura amministrativa delle Autorità indipendenti [e dunque dell'AGCM] [...] a patto di fare riferimento, con l'espressione 'natura amministrativa', all'attuale congerie di poteri e funzioni pubbliche, nell'ambito delle quali possono esistere organismi dislocati al di fuori dell'apparato amministrativo dell'esecutivo, sottratti alla diretta responsabilità ministeriale o di Giunta e chiamati ad esercitare funzioni di risoluzione di conflitti di interessi”.

¹⁵¹ M. D'ALBERTI, *Voce Autorità indipendenti*, cit., pp. 6-7.

¹⁵² M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 152.

come non dissimili da quelle attribuite ai giudici¹⁵³, tanto da poterle qualificare, nella sostanza, come funzioni “paragiurisdizionali”¹⁵⁴.

6. La compatibilità del procedimento *antitrust* con i principi del giusto processo: le pronunce della Corte EDU nei casi *Menarini* e *Grande Stevens*

La compatibilità del procedimento antitrust italiano con i principi del giusto processo è stata oggetto di scrutinio da parte della Corte EDU nel caso *Menarini*¹⁵⁵.

¹⁵³ In tal senso, cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, cit., p. 662 pur ribadendo la natura amministrativa dell’AGCM, ne valorizza la funzione paragiurisdizionale evidenziando che “*non è un caso che nel nostro stesso ordinamento le funzioni che esercita l’Autorità antitrust le potrebbe svolgere il giudice, che è in effetti abilitato a svolgerle in base al Trattato comunitario, di cui può applicare a richiesta di parte gli artt. [101 TFUE e 102 TFUE] del tutto simili agli articoli 2 e 3 della legge italiana [...] [e che è stata] la nostra tradizione diversa [rispetto a quella americana] a farci seguire (come in quasi tutta Europa, del resto) questa strada diversa, portandoci per ciò stesso a ritenere che con l’antitrust si creasse una nuova funzione amministrativa*”. Sul punto, cfr. altresì M. CLARICH, *L’autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust – L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino 2010, pp. 243-244 secondo cui “*l’applicazione della normativa antitrust [...] in modo orizzontale, cioè nei confronti di tutti i tipi di imprese regolate e non regolate (assoggettate ai poteri regolatori delle autorità di settore) pone l’Autorità in una posizione in larga misura sovrapponibile e fungibile con quella dell’Autorità giudiziaria, ordinaria, investita, non a caso, di competenze parallele*”.

¹⁵⁴ Alla luce di ciò, evidentemente, l’AGCM – al pari delle altre Autorità amministrative indipendenti – ha adottato regole stringenti che fossero in grado di garantirne l’imparzialità. Come osservato da N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti*, cit., pp. 2925 ss., rilevano particolarmente al riguardo “*l’indipendenza dei membri rispetto alle parti e l’imparzialità obiettiva dell’organo deliberante, che implica in primo luogo l’osservanza del principio di separazione tra le funzioni di istruzione e quelle di giudizio all’interno dell’autorità. È questo il terzo tratto caratteristico del modello regolativo-giustiziale*”. Sul punto, cfr. altresì M. CLARICH, *L’autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, cit., p. 243, secondo cui “*il contraddittorio orizzontale, cioè tra le imprese che fanno valere innanzi alle Autorità pretese contrapposte, e verticale, cioè, tra l’Autorità e l’impresa oggetto per esempio di un procedimento sanzionatorio, connotano in senso paraprocedurale il potere esercitato*”.

¹⁵⁵ Cfr. Corte EDU, *Menarini Diagnostics c Italia*, 27 settembre 2011.

La vicenda trae origine da un ricorso promosso dalla nota casa farmaceutica fiorentina – sanzionata dall’AGCM per aver posto in essere un’intesa restrittiva della concorrenza – contro l’Italia che, nella prospettazione attorea, non avrebbe assicurato il rispetto delle garanzie che rendono il processo (e, prima ancora, il procedimento) “giusto”. Benché il ricorso sia stato respinto nel merito, la sentenza della Corte EDU fornisce importanti indicazioni sulla compatibilità dell’attuale sistema di *antitrust enforcement* con l’art. 6 CEDU.

In primo luogo, la Corte ha ritenuto applicabili ai procedimenti *antitrust* le medesime garanzie riconosciute ai procedimenti penali, evidenziandone la natura sostanzialmente affine: ad avviso dei giudici di Strasburgo, infatti, i procedimenti condotti dall’AGCM – nonostante la qualificazione “amministrativa” attribuita loro dall’ordinamento italiano – sono volti a tutelare interessi generali (i.e. la tutela della concorrenza) e si concludono con l’irrogazione di sanzioni di importo considerevole, con duplice finalità afflittiva e preventiva¹⁵⁶. Tuttavia, tenuto conto che il diritto *antitrust* non rientra nel cd. “nocciolo duro” del diritto penale, la Corte ha altresì riconosciuto agli Stati la facoltà di conferire la repressione di tali illeciti ad un’autorità amministrativa che non presenti le garanzie richieste dall’art.

¹⁵⁶ La Corte EDU ha fatto applicazione dei cd. criteri Engel, elaborati dalla Corte EDU nell’omonima sentenza: cfr. Corte EDU, Engel e altri c Paesi Bassi, 8 giugno 1976, § 82: “*Al fine di verificare se un procedimento ha ad oggetto “accuse in materia penale” ai sensi della Convenzione stessa si devono considerare tre diversi fattori. Principalmente la qualificazione data dal sistema giuridico dello Stato convenuto all’illecito contestato. Tale indicazione tuttavia ha solo un valore formale e relativo poiché la Corte deve supervisionare sulla correttezza di tale qualificazione alla luce degli altri fattori indicativi del carattere “penale” dell’accusa. Secondariamente infatti, va considerata la natura sostanziale dell’illecito commesso vale a dire se si è di fronte ad una condotta in violazione di una norma che protegge il funzionamento di una determinata formazione sociale o se è invece preposta alla tutela erga omnes di beni giuridici della collettività, anche alla luce del denominatore comune delle rispettive legislazioni dei diversi Stati contraenti. Va infine considerato il grado di severità della pena che rischia la persona interessata poiché in una società di diritto appartengono alla sfera “penale” le privazioni della libertà personale suscettibili di essere imposte quali punizioni, eccezione fatta per quelle la cui natura, durata o modalità di esecuzione non possano causare un apprezzabile danno*”

6 CEDU, a condizione che le decisioni adottate da quest'ultima possano poi essere impugnate innanzi ad un giudice avente “piena giurisdizione”¹⁵⁷, ossia in grado di “*riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione, resa da un organo di grado inferiore*”¹⁵⁸.

In secondo luogo, la Corte ha evidenziato come l'Italia avesse fatto uso di tale facoltà, attribuendo la repressione degli illeciti *antitrust* “non [a] un giudice dopo un procedimento nel contraddittorio delle parti, ma [alla] AGCM”¹⁵⁹, e lasciando così aperta la questione in merito al rispetto – già in fase procedimentale – di tutte le garanzie previste nell'art. 6 CEDU¹⁶⁰. Ciononostante, la Corte – pur se non all'unanimità¹⁶¹ – è giunta ad escludere violazioni della Convenzione, in virtù del fatto che la ricorrente “*ha avuto la*

¹⁵⁷ Cfr. Corte EDU, *Jussilia*, cit. § 43.

¹⁵⁸ Cfr. Corte EDU, *Menarini*, cit. § 59. E' il caso di precisare che la giurisprudenza si è mostrata generalmente abbastanza rigida in merito all'interpretazione da attribuire alla nozione “piena” giurisdizione: si consideri ad esempio che in *Tsfayo* – un caso che non riguardava la materia penale – il sindacato deferente esercitato dai giudici inglesi è stato ritenuto non in linea con l'art. 6 CEDU (cfr. Corte EDU, *Tsfayo c Regno Unito*, cit.). E' dunque ben difficile che i processi in materia *antitrust* a cui – come ricordato – si applicano le medesime garanzie dei processi penali possa applicarsi uno standard di sindacato meno intenso rispetto a quello riconosciuto in materia civile.

¹⁵⁹ Cfr. Corte EDU, *Menarini*, cit. § 58.

¹⁶⁰ Sul punto. Cfr. M. BRONCKERS e A. VALLERY, *Fair and Effective Competition Policy in the EU: Which Role for the Authorities and Which Role for the Courts after Menarini*, *European Competition Journal*, (2) 2012 p. 287 in cui si evidenzia come in realtà la Corte EDU si concentri unicamente sullo standard di sindacato esercitato in concreto dai giudici amministrativi.

¹⁶¹ Significativa al riguardo è l'opinione dissenziente del giudice portoghese Pinto de Albuquerque secondo cui dall'esame delle sentenze rese dagli organi giurisdizionali amministrativi emerge come questi “*non fanno che ripetere uno dopo l'altro gli argomenti già sostenuti dall'AGCM, rinviando con notevole enfasi ai paragrafi della decisione amministrativa. La presunta analisi degli argomenti del ricorso della società è stata semplicemente un'adesione formale da parte dei giudici alla valutazione tecnica «indiscutibile» e incontestabile della AGCM. In definitiva non vi è stata alcuna valutazione indipendente, concreta e dettagliata di illegittimità e responsabilità del comportamento della ricorrente*”. Più in generale, l'opinione del giudice Pinto è una critica allo standard di sindacato esercitato dalle Corti che conduce le autorità amministrative a decidere “*in prima e ultima istanza sui fatti, soprattutto per quanto riguarda la valutazione del contesto economico del comportamento sanzionato e la definizione di concetti giuridici indeterminati*”. Cfr. Corte EDU, *Menarini*, cit., Opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, §§ 7-8.

*possibilità di impugnare la sanzione amministrativa in questione dinanzi al TAR di Roma e presentare appello dinanzi al Consiglio di Stato*¹⁶² e che tali organi giurisdizionali hanno “*affrontato le varie questioni di fatto e di diritto della società ricorrente*”¹⁶³ senza “*limita[rsi] ad un semplice controllo di legittimità*”¹⁶⁴.

La pronuncia dei giudici di Strasburgo ha dunque avuto il merito di affermare in materia incontrovertibile da un lato, l’assimilazione del procedimento *antitrust* a quello penale (con la necessità di riconoscere alle parti tutte le garanzie previste per tali procedimenti); dall’altro, la compatibilità del sistema *antitrust* nazionale con l’art. 6 CEDU, essendo possibile sanare in sede giudiziale le eventuali carenze del procedimento amministrativo: e ciò nonostante – come evidenziato in dottrina – le valutazioni della Corte EDU sembrano avere avuto ad oggetto più la “ampiezza” del sindacato dei giudici amministrativi (e dunque la rispondenza al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato) che la “intensità” dello stesso¹⁶⁵.

A distanza di qualche anno da tale pronuncia, la Corte EDU – nel caso *Grande Stevens*¹⁶⁶ – è tornata ad esaminare i procedimenti sanzionatori condotti dalle autorità amministrative indipendenti italiane, fornendo importanti indicazioni in merito alla loro compatibilità con l’art. 6 CEDU. In tale pronuncia, in particolare, la Corte ha verificato se il procedimento condotto dalla Commissione nazionale per le Società e la Borsa (“**Consob**”) in materia di abusi di mercato potesse essere ritenuto “giusto” ai sensi della

¹⁶² Cfr. Corte EDU, *Menarini*, cit. § 60

¹⁶³ Id., § 63.

¹⁶⁴ Id., § 64.

¹⁶⁵ Cfr. R. NAZZINI, *Judicial review after KME: an even stronger case for the reform that will never be*, E.L. Rev. (49) 2015, p. 497.

¹⁶⁶ Cfr. Corte EDU, *Grande Stevens c Italia*, 4 marzo 2014.

CEDU, ed è giunta ad identificare alcuni “punti di contrasto” con la Convenzione: si tratta di indicazioni che sono evidentemente rilevanti anche per il procedimento *antitrust*, date le somiglianze nella procedura, e che pertanto vale la pena di esaminare brevemente.

In particolare, la Corte rileva tre differenti violazioni del giusto processo: (i) un difetto di contraddittorio, dovuto al fatto che “*il rapporto che conteneva le conclusioni dell’ufficio sanzioni, destinato a servire poi da base alla decisione della commissione, non è stato comunicato ai ricorrenti*”¹⁶⁷ e che le parti non avessero potuto “*partecipare all’unica riunione tenuta dalla commissione*”¹⁶⁸; (ii) l’impossibilità per gli interessati “*di interrogare o di far interrogare le persone eventualmente sentite dall’ufficio IT*”¹⁶⁹; e (iii) l’assenza di imparzialità, dovuta alla commistione tra organo inquirente e organo giudicante, tenuto conto che “*l’ufficio IT, l’ufficio sanzioni e la commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l’autorità e la supervisione di uno stesso presidente*”¹⁷⁰.

In considerazione di tali plurimi profili di contrasto con la CEDU, la Corte ha nuovamente dovuto percorrere la “strada” indicata dalla giurisprudenza *Menarini*, che – come visto – consente di “salvare” il Provvedimento qualora esso sia impugnabile innanzi ad un giudice che offra le garanzie dell’art. 6 CEDU. Anche tale tentativo, tuttavia, non ha dato esito positivo: a differenza del richiamato precedente, infatti, in *Grande Stevens* la Corte ha svolto una verifica più approfondita in merito al rispetto delle condizioni previste dall’art. 6 CEDU, ad esito della quale ha potuto riscontrare una violazione della Convenzione per non avere la Corte

¹⁶⁷ Id., § 117

¹⁶⁸ Id., § 118

¹⁶⁹ Id., § 117.

¹⁷⁰ Id., § 137.

d'Appello di Torino (i.e. il Tribunale di merito competente) esaminato la controversia nell'ambito di un'udienza pubblica¹⁷¹.

Ebbene, le valutazioni compiute dalla Corte sono – quantomeno parzialmente – applicabili anche al procedimento *antitrust*. In particolare, come osservato da autorevole dottrina¹⁷², mentre le prime due violazioni riscontrate dalla Corte EDU attengono specificamente al procedimento Consob e non sono riscontrabili in quello AGCM, le valutazioni compiute dalla Corte in merito all'assenza di imparzialità – alla luce di quanto illustrato nel precedente paragrafo – sembrano valere anche in relazione al procedimento *antitrust* che, come visto, non presenta una vera separazione tra organo inquirente e organo giudicante.

In tale scenario, l'esercizio di un sindacato “pieno” sul Provvedimento AGCM rappresenta dunque l'unica concreta possibilità per “salvare” l'attuale procedimento. A tal fine, la sentenza *Grande Stevens* evidenzia come non sia sufficiente ribadire in astratto il potere dei giudici di esercitare un controllo pieno sull'operato dell'AGCM (come lasciava invece intendere *Menarini*), ma occorra verificare in concreto se, nella specifica controversia, i giudici abbiano esercitato tale potere.

¹⁷¹ E' il caso di menzionare l'opinione in parte concordante e in parte dissenziente rilasciata dai giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque che osservano come “*la corte d'appello nel caso di specie ha rinunciato ad esercitare i suoi poteri di riesame. Ciò si evince chiaramente da un'attenta lettura del fascicolo ed in particolare delle cinque sentenze emesse nell'ambito della causa in questione. In effetti, la corte d'appello [...] si è accontentata delle dichiarazioni scritte degli appellanti e dei documenti dell'accusa. E questo era tutto! Non sono stati ascoltati testimoni, né sono stati interrogati i ricorrenti, non sono state richieste perizie. [...] In termini giuridici, la corte d'appello ha fatto una semplice reformatio della coerenza logica della decisione contestata, evitando di procedere ad una reale revisio della causa*” (§ 11).

¹⁷² Cfr. F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, Dir. Proc. Amm., (33) 2015, pp. 507-545. L'A. tuttavia osserva come anche il profilo sub (i) potrebbe risultare d'interesse ai fini della valutazione della compatibilità del procedimento *antitrust* con la CEDU: in particolare, sarebbe ipotizzabile una violazione del principio del contraddittorio nella misura in cui l'AGCM non consente l'accesso alle note tecniche e riassuntive predisposte dagli uffici istruttori per il Collegio (cfr. d.P.R. 217/88, art. 13.5).

Conclusioni: un sistema di tutela “formalmente” impeccabile

Nel descrivere il procedimento *antitrust* nella già citata Ordinanza 1/2018, l'AGCM ha osservato come esso sia “rispettoso dei requisiti prescritti dall'articolo 6 CEDU”¹⁷³, garantendo: **i)** il contraddittorio documentale ed il contraddittorio orale, che può essere esercitato sia all'inizio dell'istruttoria che immediatamente prima della conclusione della stessa; **ii)** un “esteso accesso ai documenti e al fascicolo della accusa”, con la possibilità per la difesa di prendere conoscenza – tramite la lettura della CRI – di tutte le prove a carico e a discarico della stessa; **iii)** che il Collegio sia messo in condizione di decidere in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte e orali delle Parti e degli altri documenti contenuti nel fascicolo; **iv)** un'adeguata “separazione tra gli uffici che svolgono l'attività istruttoria e di formulazione delle contestazioni e l'organo competente ad assumere le decisioni”, tenuto conto che il Regolamento organizzativo attribuisce l'istruttoria dei casi agli uffici, i quali dipendono dal Segretario generale e non dal Collegio¹⁷⁴.

Nonostante le rassicurazioni dell'AGCM in merito alla compatibilità del proprio procedimento con l'art. 6 CEDU, in *Menarini* la Corte EDU ha evidenziato come il procedimento *antitrust* possa essere ritenuto “giusto” in quanto risulta garantita una tutela giurisdizionale piena ed effettiva da parte dei giudici amministrativi.

Ed invero, alla luce dei principi in materia di giusto processo elaborati dalla Corte di Giustizia e dalla Corte EDU (anche per come applicati nella sentenza *Grande Stevens*) emerge come l'attuale struttura del procedimento presenti quantomeno una significativa criticità, rappresentata dalla **forte**

¹⁷³ Cfr. AGCM, Ord. 1/2018, cit. p. 23.

¹⁷⁴ Id., pp. 23-25.

commistione tra ufficio istruttorio e Collegio, che è stata oggetto di censura in *Grande Stevens*. Al riguardo, non paiono sufficienti le rassicurazioni fornite dalla stessa AGCM nella già citata ordinanza e fondate sui (pochi) precedenti in cui il Collegio si è distaccato dalla posizione degli Uffici. E', infatti, evidente che non vi può essere una effettiva indipendenza laddove si consideri che il Collegio: **i)** delibera l'avvio; **ii)** autorizza le ispezioni; **iii)** adotta (e conferma) eventuali provvedimenti cautelari (cfr. art. 14 bis), così esprimendosi sul *fumus* anche in fase istruttorio; **iv)** autorizza l'invio della CRI; **v)** adotta il Provvedimento finale che generalmente riprende (anche da un punto di vista letterale) la CRI. In altre parole, il Collegio è presente in tutti i momenti dell'istruttoria, e, pertanto, non potrà essere evidentemente terzo ed imparziale rispetto agli Uffici.

Nonostante tale carenza procedimentale, la Corte EDU in *Menarini* ha comunque ritenuto l'attuale sistema di *antitrust enforcement* compatibile con il principio del giusto processo, valorizzando a tal fine l'impugnabilità dei provvedimenti dell'AGCM innanzi ad un giudice con "piena" giurisdizione. Partendo da tale assunto, nel prossimo capitolo si analizzerà pertanto il livello attuale di tutela garantito in sede giurisdizionale, anche al fine di valutare la possibilità di introdurre ulteriori correttivi in grado di incrementare le garanzie per le imprese.

Capitolo II – Il controllo giurisdizionale sulle decisioni antitrust

Premessa: la necessità di un esame dello standard di sindacato dei giudici sui provvedimenti *antitrust*

Come illustrato nel precedente capitolo, la sentenza *Menarini* ha individuato proprio nel controllo a posteriori da parte di un giudice avente “*giurisdizione piena*” l’elemento in grado di assicurare la compatibilità del procedimento *antitrust* con il principio del giusto processo. In altre parole, ad avviso dei giudici di Strasburgo, il giudizio innanzi ai Tribunali amministrativi italiani (i.e. TAR Lazio e Consiglio di Stato) - garantendo un controllo di “*piena giurisdizione*” sulle decisioni dell’AGCM - è idoneo ad assicurare il rispetto (*a posteriori*) del principio del giusto processo.

Si rende, pertanto, opportuno approfondire – alla luce della prassi giurisprudenziale nazionale – l’effettiva intensità del sindacato giurisdizionale esercitato dai giudici amministrativi sulle decisioni dell’AGCM, al fine di verificare quale sia in concreto il livello di tutela assicurato alle imprese in sede giurisdizionale e se sia possibile un suo incremento. A tale esercizio si affiancherà – per le ragioni che saranno spiegate nel prosieguo – una parallela analisi dello standard di sindacato esercitato dalla Corte di Giustizia sulle decisioni rese dalla Commissione europea.

1. Il sindacato dei giudici amministrativi sui provvedimenti dell’AGCM

1.1 Da un modello di sindacato “estrinseco” a uno “intrinseco”

Come visto, la cognizione sulle impugnazioni dei Provvedimenti adottati dall’AGCM è stata affidata – sin dall’entrata in vigore della l. 287/90

– alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi¹⁷⁵. Una simile scelta rappresenta il portato necessario della qualifica dell'AGCM come Autorità Amministrativa Indipendente, che comporta la soggezione alla giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 113(1) Cost¹⁷⁶, a prescindere dalla “natura” (come visto, per certi versi paragiurisdizionale) delle funzioni svolte.

Da tale qualificazione discendono conseguenze anche in relazione alla qualità ed intensità della tutela riservata ai destinatari dei suoi atti¹⁷⁷: il

¹⁷⁵ Cfr. art. 33 l. 287/90. Come chiarito dal Tar Lazio, 5 maggio 1994, n. 652 la scelta del legislatore di attribuire le controversie antitrust alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo aveva la finalità di evitare l'instaurazione di complesse vicende giudiziarie per dirimere la questione preliminare della sussistenza di diritti soggettivi o di interessi legittimi. In relazione alla possibilità di attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in relazione a determinate materie la Corte Costituzionale – con sentenza n. 204 del 6 luglio 2004 (in materia di pubblici servizi) – ha specificato come “il vigente art. 103, primo comma, Cost. [...] ha conferito al legislatore ordinario [...] il potere di indicare “particolari materie” nelle quali “la tutela nei confronti della pubblica amministrazione” investe “anche” diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie”. In altre parole, tale scelta è possibile solo per materie di materie, come quella antitrust, in cui la posizione di interesse legittimo sia strettamente connessa ad una di diritto soggettivo.

¹⁷⁶ Deve tuttavia rilevarsi come vi sia una parte della dottrina favorevole ad attribuire il sindacato sui provvedimenti *antitrust* al giudice ordinario, nella convinzione che ciò possa garantire un controllo giurisdizionale più approfondito sull'operato dell'AGCM e che dunque non si limiti al vaglio di pura legittimità del Provvedimento. Cfr. in part. G. GHIDINI e V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, Mercato concorrenza e regole (2) 1999, pp. 317-328 (in part. p. 326), secondo cui “con l'auspicata rimessione dei ricorsi all'AGO [...] le situazioni soggettive e i diritti dell'impresa sarebbero tutelati in maniera piena, anche nel merito, con più ampie garanzie difensive e con il ricorso, questa volta legittimo e trasparente, a strumenti di analisi economica”, ed inoltre “il tipo di controllo esercitabile dal GO sulle decisioni dell'Autorità si realizzerebbe attraverso un sindacato che è (sarebbe), dal punto di vista sostanziale, essenzialmente omogeneo a quello esercitato dall'Autorità stessa”.

¹⁷⁷ Come osservato da F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Relazione all'incontro La tutela non giurisdizionale delle situazioni soggettive deboli. I poteri giustiziali delle amministrazioni indipendenti, Napoli 2 ottobre 2009, disponibile al seguente link: www.digiec.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/697_2009_1058_5384.doc, pp. 10-11, la qualificabilità dell'AGCM in senso “amministrativo” o “paragiurisdizionale” non è priva di conseguenze quanto al sindacato esercitabile sui suoi atti: “la tesi della paragiurisdizionalità induce a ritenere che la successiva verifica giudiziale dei provvedimenti dell'Autorità non possa giungere ad uno scrutinio integrale del fatto, quanto invece sia limitato a verificare il modo in cui l'Autorità abbia esercitato la sua discrezionalità tecnica; ove, invece, prevalga l'ipotesi di un'autorità con funzioni

giudizio amministrativo – a differenza di quello ordinario – non è infatti concepito come un giudizio a cognizione “piena”, ma è piuttosto volto alla mera verifica della legittimità degli atti impugnati. Pertanto, il sindacato del giudice è limitato al profilo esterno dell’errore di fatto, della illogicità o del difetto, dell’incongruità o della contraddittorietà della motivazione, senza potersi spingere a ripetere le valutazioni dell’Autorità procedente.

Storicamente, la peculiarità della tutela amministrativa si spiega in quanto si riteneva che le Pubbliche Amministrazioni – nel rispetto dei limiti generali fissati dalla legge – dovessero compiere le scelte ritenute più idonee a realizzare l’interesse pubblico specifico di cui erano portatrici, e che pertanto – salva l’ipotesi di attività vincolata – non fosse possibile per il giudice sindacare il merito delle stesse¹⁷⁸. Ciò era espressione del principio generale – richiamato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – “*che assegna la cura dell’interesse pubblico all’amministrazione e al giudice amministrativo*”, in base al quale “*nelle aree in cui l’amministrazione è titolare di potestà pubbliche, [al giudice amministrativo spetta] il solo*

amministrative, l’esame della fattispecie da parte del giudice si estenderebbe a tutti i classici vizi relativi al potere discrezionale. [...] Invero, le modalità del controllo giurisdizionale non possono prescindere dalla natura del potere esercitato dall’Autorità, accertando se sussista o meno discrezionalità e se questa abbia natura amministrativa o tecnica”.

¹⁷⁸ Come osservato da M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Diritto processuale amministrativo* (4) 2012, pp. 1602 ss., tradizionalmente la sottrazione delle valutazioni della PA dal sindacato del giudice amministrativo ha trovato il suo fondamento nel principio di democraticità-sovranià popolare: in particolare, come riportato dall’Autrice, alcuni autori hanno sostenuto che “*a fronte di una pluralità di soluzioni tecniche opinabili, tra i vari esiti tutti egualmente attendibili, la scelta finale dovrebbe dunque essere compiuta, in conformità al principio democratico, dall’amministrazione; quest’ultima dovrebbe cioè vedersi riconosciuto un ruolo di primazia nella scelta opinabile; a tale esito sarebbe dato giungere sulla base (non degli interessi, ma) dei «valori» di cui l’amministrazione sarebbe necessaria portatrice*”; altri, invece, hanno evidenziato come “*le attività valutative dell’amministrazione [...] potrebbero [...] essere riservate dal legislatore all’amministrazione in base alla copertura dell’art. 97 della Costituzione, il quale configurerebbe la p.a. come soggetto organizzato in modo tale da assicurare una particolare autorevolezza e credibilità delle relative scelte (sicché, la stessa si configurerebbe come soggetto capace di compiere meglio di chiunque altro le attività affidate)*”

controllo sulla legittimità dell'esercizio della potestà", senza che lo stesso possa in alcun modo sostituirsi all'Amministrazione¹⁷⁹.

In tale contesto, l'attività dell'AGCM – pur non essendo certamente “vincolata” – non può neanche definirsi “puramente” discrezionale, non essendovi alcuna ponderazione di interessi pubblici contrapposti¹⁸⁰. Come visto, infatti, l'operato dell'AGCM si traduce essenzialmente in “*un'attività interpretativa di norme che danno rilevanza giuridica a concetti di derivazione (perlopiù) economica e in un'attività di qualificazione di concreti dati di fatto*”¹⁸¹: a tal fine, l'Autorità fa uso della cd. discrezionalità tecnica, ossia si serve delle regole tecniche (principalmente di natura economica) per qualificare i fatti, provvedendo poi ad esercitare le proprie competenze nel modo previsto dall'ordinamento.

Ebbene le valutazioni dell'AGCM – pur non potendo qualificarsi come puramente discrezionali¹⁸² – presentano un alto tasso di opinabilità

¹⁷⁹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 gennaio 2002 n. 1. Ad avviso di A. Travi, *Giudice amministrativo ed autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti delle autorità antitrust*, *Analisi giuridica dell'economia*, (2) 2002, p. 426, da tale sentenza traspare “*l'esigenza di distinguere fra il livello della decisione, che è riservato all'Amministrazione, e il livello del controllo giurisdizionale, in cui si risolve l'intervento del giudice*”.

¹⁸⁰ Cfr. E. CACACE, *Classificazione delle valutazioni tecniche della p.a., riparto di giurisdizione e sindacato dell'Autorità Giudiziaria*, in www.magistraturaindipendente.it secondo cui “*l'assenza di una componente valutativa che riguardi la comparazione fra gli interessi a confronto in uno specifico caso concreto sembra distinguere, tendenzialmente, questo insieme di valutazioni scientifiche da quelle di opportunità che caratterizzano la discrezionalità amministrativa*”. Sul punto, cfr. altresì F. G. COCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, *Dir. amm.*, (2) 2008, 264 secondo cui “*il potere dell'AGCM è un potere di decisione e non un potere di provvedere a cura di un interesse pubblico specifico, e nemmeno di una serie di interessi pubblici specifici, da individuare e coordinare nel procedimento*”.

¹⁸¹ Cfr. A. POMELLI, *Il giudice e l'Antitrust. Quanto "self restraint"?*, *Mercato concorrenza e regole*, (2) 2003, p. 258.

¹⁸² Sulla (im)possibilità di ritenere la discrezionalità tecnica espressione di un effettivo potere discrezionale cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939 in cui afferma che “*tale discrezionalità tecnica non ha proprio nulla di discrezionale, e che chiamandosi così per un errore storico della dottrina, l'errore potrebbe anche essere corretto (...). La discrezionalità si riferisce infatti ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo,*

(dovuto alla circostanza che si basano, comunque, su scienze inesatte). Tale consapevolezza ha spinto la giurisprudenza amministrativa a riservare sin dai primi anni '90¹⁸³ tali valutazioni esclusivamente in capo all'amministrazione, senza possibilità di un loro riesame nel merito in sede di ricorso¹⁸⁴.

Ora, non vi è dubbio che, a fronte di una pluralità di tesi, – tutte opinabili, ma teoricamente attendibili – sia arduo sostenere che il giudice debba sostituire la propria a quella dell'AGCM. Tuttavia, come ha osservato la stessa giurisprudenza amministrativa, nella prassi *“l'opinabilità, lungi dall'essere verificata in relazione al singolo caso concreto, v[eniva] invocata [...] come pregiudiziale barriera, come limite insuperabile, sul cui uscio il sindacato giurisdizionale si arresta”*¹⁸⁵.

Un esempio di tale *modus procedendi* è fornito dal Consiglio di Stato nella celebre sentenza *Italcementi*, in cui il giudice amministrativo afferma che il proprio sindacato sui provvedimenti *antitrust* *“purché [...] rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità [...] non incontra limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e violazione di legge, anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme”*; in tale ultima ipotesi, tuttavia, egli *“può solo verificare se il provvedimento appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'autorità,*

e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale”.

¹⁸³ Al riguardo, merita di essere richiamata la sentenza Tar Lazio, 5 maggio 1994, n. 652, in cui il giudice ha negato la configurabilità di una giurisdizione piena sui provvedimenti antitrust, evidenziando come la stessa si atteggi a giurisdizione di legittimità con tutte le peculiarità anche in campo istruttorio, ad essa afferenti.

¹⁸⁴ Al riguardo, è emblematica la sentenza Tar Lazio, I sez., 15 aprile 1999, n. 873, in cui si afferma che *“ogni ponderazione degli elementi istruttori acquisiti per tale via attiene al merito delle valutazioni riservate all'Autorità dalla legge n. 287 del 1990”*.

¹⁸⁵ L. LAMBERTI, *Considerazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Amministrativamente (9) 2016, p. 12.

e a questa riservate”¹⁸⁶. Ne discende che – secondo tale impostazione – il giudice amministrativo non avrebbe alcuna possibilità di ricostruire completamente ed autonomamente i fatti e di esprimersi su di essi, essendo sostanzialmente vincolata all’accertamento compiuto dall’AGCM.

Se da un lato la giurisprudenza amministrativa – almeno fino ai primi anni 2000 – negava la possibilità di un controllo pieno sull’accertamento contenuto nel provvedimento amministrativo, dall’altro non vi sono mai stati dubbi sull’esistenza di una giurisdizione di merito sulle sanzioni irrogate, che consentisse al giudice finanche di sostituirsi all’AGCM nella quantificazione della sanzione. In particolare, facendo leva sul principio costituzionale che vieta l’imposizione di prestazioni pecuniarie al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 Cost.), nonché sulla peculiarità del potere esercitato dall’Autorità all’atto dell’applicazione di siffatte sanzioni di natura afflittiva, i giudici hanno ritenuto applicabile ai giudizi *antitrust* l’art. 23 comma 11 della l. 689/81, che consente loro di modificare il provvedimento sanzionatorio “*anche limitatamente all’entità della sanzione dovuta*”¹⁸⁷.

Tuttavia, la pienezza del sindacato sulla sanzione non era evidentemente in grado di bilanciare la mancata verifica nel merito delle valutazioni compiute dall’AGCM, e ciò ha condotto i giudici amministrativi – anche a seguito dell’attribuzione di nuovi strumenti processuali come la CTU¹⁸⁸ – a rivedere (almeno parzialmente) le proprie posizioni.

¹⁸⁶ Cons. Stato, VI sez., 14 marzo 2000, n. 1348.

¹⁸⁷ Sul punto, cfr. R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità Antitrust*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2004, p. 1060.

¹⁸⁸ Secondo G. MOLLICA, *Sulla responsabilità civile delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. Comm.* (2) 2016, p. 256 ss. “*il self restraint giurisprudenziale non è dipeso da un nostalgico senso di deferenza nei confronti della P.A., quanto dalla limitatezza di strumenti processuali che consentissero al giudice amministrativo di sindacare le valutazioni tecniche dell’Amministrazione*”. Non sarebbe dunque un caso che il *revirement* giurisprudenziale abbia coinciso il varo della l. 21 luglio 2000, n. 205, il cui art. 16, trasfuso oggi negli artt. 63 e 67 c.p.a., ha introdotto nel processo amministrativo lo strumento della consulenza tecnica.

In particolare, il Consiglio di Stato¹⁸⁹ nella sentenza sul cartello *RC Auto*¹⁹⁰ ha affermato che il giudice, nell'esercizio del proprio sindacato sui Provvedimenti dell'AGCM: **i)** verifica pienamente i fatti posti a fondamento della decisione, esaminando a tal fine, senza alcuna limitazione, gli elementi di prova raccolti dall'Autorità e le prove a difesa offerte dalle imprese; **ii)** effettua un controllo "intrinseco" – avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione – sull'attività di individuazione del parametro normativo e nel raffronto con i fatti accertati (connotata da cd. discrezionalità tecnica). Tale controllo, tuttavia, resta comunque di tipo "debole", essendo comunque preclusa al giudice la possibilità di *"sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità"*¹⁹¹.

¹⁸⁹ Tale posizione riprende le conclusioni raggiunte dalla IV sezione del Consiglio di Stato nella sentenza 601/99, che segna il punto di svolta nel passaggio da un sindacato di tipo "estrinseco" ad uno di tipo "intrinseco" in cui cioè al giudice è consentito censurare le valutazioni tecniche che risultino inattendibili anche agli occhi dell'esperto attraverso il controllo della attendibilità del criterio tecnico adoperato dall'Autorità Indipendente.

¹⁹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

¹⁹¹ *Id.* Come meglio chiarito nella coeva Cons. Stato, VI sez., 1 ottobre 2002, n. 5156 *"la stretta comunicazione fra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito, intesa come apprezzamento dell'interesse pubblico concreto, è stata ritenuta indice dell'esistenza di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all'amministrazione, con conseguente impossibilità, sul piano del controllo giurisdizionale, di configurare un sindacato di tipo "forte", caratterizzato dalla possibilità della sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'Amministrazione"*: proprio alla luce di tali considerazioni, i giudici di Palazzo Spada hanno accolto l'appello presentato dall'AGCM avverso la sentenza del TAR Lazio che – svolgendo una valutazione economica alternativa – aveva escluso la posizione dominante di Enel sul mercato della fornitura dell'energia elettrica, accertata dall'AGCM ad esito della propria istruttoria; ancora una volta, pertanto, il sindacato del giudice risulta limitato in virtù del risalente principio di democraticità-sovranià popolare. Secondo A. Pomelli, *Il giudice e l'Antitrust. Quanto "self restraint"?*, cit., p. 262 *"la giustificazione teorica della posizione di self-restraint assunta dal giudice amministrativo, se può probabilmente essere condivisa in relazione alla materia delle concentrazioni, non può esserlo altrettanto in relazione alle fattispecie di cui agli artt. 2 e 3 [i.e. intese e abusi di posizione dominante] poiché, come si è visto, l'attività di accertamento e condanna nei confronti di partecipanti a intese restrittive o di autori di abusi nello sfruttamento delle posizioni dominanti acquisite è un'attività certamente atipica, di difficile inquadramento all'interno delle categorie tradizionali, ma che può dirsi generalmente priva di connotati di discrezionalità amministrativa in senso proprio"*.

Lo standard di sindacato esplicitato dai giudici amministrativi nella sentenza *RC Auto* è stato successivamente confermato dalla stessa Corte di Cassazione che – pronunciandosi a Sezioni Unite ai sensi dell’art. 111 Cost. sul ricorso presentato dalle compagnie assicurative – ha ritenuto non ravvisabile alcun diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato a danno delle ricorrenti. In particolare, ad avviso degli ermellini, il giudice amministrativo *“non soltanto ha rivendicato in modo espresso la verifica diretta dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità, ma ha altresì chiarito che tale verifica, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, dovendo invece consentire al giudice un controllo intrinseco, anche con l'eventuale ausilio di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione”*. Al contempo, tuttavia, la Suprema Corte non si pronuncia sulla legittimità del *“limite individuato dal giudice amministrativo, atti[nente] alla possibilità (esclusa) di esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, cioè alla possibilità di esercitare da parte del giudice un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la valutazione tecnica opinabile del medesimo giudice a quella dell'amministrazione”*: ad avviso della Suprema Corte, infatti, la valutazione dello stesso *“esula dal sindacato affidato a queste Sezioni unite dall'art. 111, comma 8, Cost.”*¹⁹².

¹⁹² Cfr. Cassazione, Sezioni Unite, 29 aprile 2005, n. 8882. Alla luce di quanto esposto secondo la Suprema Corte non appariva condivisibile *“la tesi secondo cui il giudizio di legittimità non avrebbe assicurato alle parti private un'effettiva tutela giurisdizionale, perché il contrario risulta proprio dal contenuto della decisione impugnata e dall'ampia ed articolate, analisi da questa condotta sulle censure proposte con i motivi d'appello (in particolare, e per quanto qui rileva, in ordine alla definizione e alle caratteristiche del mercato rilevante, all'infrazione contestata con riguardo all'abbinamento delle polizze furto/incendio ed RCA, all'intesa consistente nello scambio di informazioni, alla natura dei dati scambiati (in relazione ai quali una C.T.U., in astratto ammissibile, è stata giudicata non rilevante nel caso esaminato, che poteva essere risolto anche ammettendo la validità delle valutazioni tecniche ma non anche delle conclusioni, del perito di parte: sentenza impugnata, pag. 105), ai vari profili relativi alle sanzioni con specifico riguardo alla gravità dell'infrazione)”*.

La portata del sindacato delineata dai giudici amministrativi – e confermata dalla Cassazione – assicura che il giudice non rappresenti “*una duplicazione delle Autorità indipendenti*”: solo a queste ultime è infatti attribuito il compito di assumere decisioni implicanti margini di opinabilità, mentre al giudice spetta “*verificare la correttezza del procedimento e dell’ottica in cui si sono formate le valutazioni espressive del potere di vigilanza [...], sindacare il modo in cui i poteri di vigilanza sono stati esercitati, con il solito corredo di riscontri sul retto perseguimento del fine, sull’ostensibilità della valutazione espressa, sulla regolarità del procedimento*”¹⁹³. Pur trattandosi di un notevole passo in avanti rispetto al sindacato puramente “estrinseco” delineato nelle precedenti pronunce, tale orientamento è stato comunque soggetto a critiche¹⁹⁴, data la natura in ogni caso “debole” del controllo esercitato.

Proprio nel tentativo di superare tali critiche e di dimostrare la pienezza della tutela giurisdizionale garantita alle imprese, i giudici di Palazzo Spada, nella celebre sentenza *Pellegrini/Consip*, si sono astenuti dal qualificare la tipologia di sindacato esercitato, osservando come “*ciò che rileva non è [...] la qualificazione del controllo come "forte" o "debole", ma l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare –*

¹⁹³ Cfr. TAR Lazio, 10 aprile 2002, n. 3070.

¹⁹⁴ Ex multis cfr. R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, Dir. proc. amm., (3) 2002, 792 ss., secondo cui il “controllo denominato «intrinseco debole» sull’operato dell’Autorità [...] assomiglia assai al classico controllo esterno sull’eccesso di potere”; altrettanto critico R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. Comm.*, 2003, p. 170, secondo cui il sindacato debole si sarebbe comunque tradotto “*e non solo nelle enunciazioni di principio, [in] un sindacato debole sulle valutazioni di tipo tecnico*”.

senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato”¹⁹⁵.

Tale orientamento è stato poi ripreso e chiarito in successive pronunce, in cui il Consiglio di Stato ha evidenziato come lo standard di sindacato esercitato dai giudici amministrativi sui provvedimenti dell'AGCM fosse *“forte, pieno ed effettivo”* avendo il *“giudice il compito [...] di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato”*, con l'unico limite di non poter *“esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità”*¹⁹⁶. Un limite che, invero, è stato ulteriormente esplicitato dalla Corte di Cassazione che – nella pronuncia a Sezioni Unite 7063/2008 – ha chiarito come fosse escluso dal perimetro del sindacato del giudice amministrativo unicamente *“un controllo c.d. di tipo forte sulle valutazioni tecniche opinabili, id est l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza”*¹⁹⁷

A quasi vent'anni di distanza dall'entrata in vigore della l. 287/90, i giudici amministrativi sembravano, finalmente, essere giunti a riconoscere la

¹⁹⁵ Cons. Stato, VI sez, 2 marzo 2004, n. 926.

¹⁹⁶ Cons. Stato, VI sez., 20 febbraio 2008, n. 597. In termini, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515 che ha evidenziato come *“il giudice amministrativo possa sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche, anche riferite all'individuazione del mercato rilevante, compiute dall'Autorità. Infatti, con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. “concetti giuridici indeterminati”, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione”*. Pertanto – proseguono i giudici – *“il sindacato del giudice amministrativo. è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame”*.

¹⁹⁷ Cfr. Cass. Sezioni Unite, 17 marzo 2008, n. 7063.

necessità di un sindacato pieno sui fatti posti a fondamento della decisione dell'AGCM, limitando significativamente gli spazi di “discrezionalità” sottratti al controllo giurisdizionale, ed offrendo in tal modo un sindacato che – almeno *prima facie* – avrebbe potuto garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva¹⁹⁸. Peraltro, a rafforzare la convinzione di aver irrobustito la tutela giurisdizionale offerta ai soggetti destinatari dei Provvedimenti dell'AGCM, si aggiungeva l'entrata in vigore del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 sul processo amministrativo, che all'art. 134 codificava l'evoluzione giurisprudenziale in materia di sindacato antitrust sulle sanzioni, stabilendo che “*il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto [...] le sanzioni pecuniarie [...] applicate dalle Autorità amministrative indipendenti*”.

1.2. Gli approdi della Cassazione e del Consiglio di Stato: un'inversione di rotta?

Se fino al 2010 si è registrata, come visto, una tendenza ad ampliare costantemente la tutela giurisdizionale per i destinatari dei Provvedimenti dell'AGCM, tale tendenza sembra aver subito una battuta d'arresto negli anni più recenti, ossia proprio quando, a livello sovranazionale, la Corte EDU con le sentenze *Menarini* e *Grande Stevens* suggeriva alle Corti nazionali un controllo più approfondito sui Provvedimenti delle AAI.

Particolarmente significativa a tal proposito è la posizione assunta dalla Cassazione nella pronuncia a Sezioni Unite n.1013 del 2014. La

¹⁹⁸ In applicazione di tale nuovo e più penetrante standard, i giudici amministrativi, nella pronuncia Oni e altri/Cantieri del Mediterraneo (cfr. TAR Lazio, sez. I, 14 aprile 2008 n. 3163) hanno proceduto a riesaminare la definizione del mercato rilevante operata dall'AGCM, compiendo a tal fine una “*verifica in ordine alla correttezza del sotteso processo logico-induttivo, con riferimento all'osservanza delle norme tecniche e procedurali, all'obbligo di motivazione, all'esatta percezione materiale dei fatti, all'insussistenza di errori manifesti di valutazione ovvero di sviamento di potere*”.

Suprema Corte – chiamata a pronunciarsi su un ricorso presentato avverso una sentenza del Consiglio di Stato ai sensi dell’art. 111 Cost. – ha infatti affermato che *“il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità — come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza — detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini”*¹⁹⁹.

Da tale pronuncia emerge infatti uno *standard* di sindacato che, da un lato, si fonda sulla piena verifica dei fatti ma, dall’altro, esclude espressamente un controllo “intrinseco” sulle valutazioni opinabili dell’AGCM²⁰⁰.

Tali indicazioni – riprese da tutte le pronunce amministrative successive e siano ora “codificate” anche nel D.lgs. 3/17 in materia di azioni di risarcimento del danno *antitrust*²⁰¹ – si sono peraltro prestate ad

¹⁹⁹ Cfr. Cass. SS.UU. 20 gennaio 2014, n. 1013. Per un commento si veda B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, (3) Dir. Proc. Amm., 2014, pp. 1057 e ss.

²⁰⁰ I limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell’AGCM sono stati di recente ribaditi in Consiglio di Stato, sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821.

²⁰¹ Il d.lgs. 3/17 che recepisce la direttiva 2014/104/EU in materia di risarcimento del danno da illecito *antitrust* specifica all’art. 7 che *“il sindacato del giudice del ricorso comporta la*

interpretazioni eccessivamente restrittive, in grado di privare di contenuto il sindacato del giudice sui provvedimenti dell'AGCM²⁰². Se infatti si giunge a ritenere – come sostenuto in alcune pronunce – che anche l'attribuzione di una qualifica giuridica (intesa, abuso, mercato rilevante...) ai fatti sottoposti all'esame dell'AGCM (ossia, la principale attribuzione dell'AGCM) sia “opinabile” e dunque “insindacabile”, la tutela giurisdizionale riconosciuta alle imprese rischia di arretrare eccessivamente²⁰³.

E' quanto, ad esempio, accaduto nel caso *Servizi tecnici accessori*, in cui il giudice di prime cure – esaminando la tesi prospettata dalle ricorrenti –

verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima”. Come recentemente osservato dal giudice della I sezione del TAR Lazio, R. Perna, la scelta operata dal legislatore non appare particolarmente felice: “l'inciso in esame non trova tuttavia corrispondenza in omologhe previsioni della direttiva 2014/104/UE né fondamento nella legge delega 114 del 2015; esso – pur essendo stato, verosimilmente, inserito al fine di meglio calibrare e contenere l'effetto di vincolo della pronuncia del giudice amministrativo nel conseguente giudizio civile per il risarcimento dei danni, in quanto rimesso a una giurisdizione diversa – nella misura in cui inerisce a poteri del giudice amministrativo, viene a cadere su materia propria del processo amministrativo e, come tale, avente altra collocazione normativa, ponendo anche problemi di coordinamento con le disposizioni che tale processo governano, per come applicate e sviluppate dalla giurisprudenza amministrativa” (cfr. R. PERNA, *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, disponibile al seguente link www.giustizia-amministrativa.it).

²⁰² Tra coloro che si sono mostrati particolarmente critici rispetto alle indicazioni fornite dalla SC vi è sicuramente E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it 2014 secondo cui “la Cassazione [...] si presenta ancora una volta come un freno allo svolgimento della giurisdizione del giudice amministrativo, in una visione angusta del processo e delle funzioni del giudice”.

²⁰³ Come ben illustrato da E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, p. 41: laddove siano presenti valutazioni tecniche “l'amministrazione non fa altro che interpretare il dato normativo, accertare il fatto e valutare, secondo i parametri tecnici della scienza richiamata dalla norma, senza dover eseguire alcuna valutazione di opportunità o di merito, di per sé estranea all'accertamento di natura tecnica che non è espressione di autorità; nella stessa posizione dell'amministrazione è il giudice rispetto alla norma nel momento in cui la interpreta, il fatto e valuta il dato tecnico richiamato nella norma. Non si può affermare, pertanto, che il giudice vada ad esprimere un giudizio riservato al potere dell'amministrazione. Il giudice, se compie un'indagine piena e diretta sulla valutazione tecnica, dà semplicemente esecuzione alla norma, anche quando i parametri da applicare siano opinabili e rispetta, altresì, la garanzia di tutela affermata nella Costituzione”.

ha affermato che anche “a fronte di ragioni (economiche) in ipotesi congruenti fornite dalle parti a titolo di “spiegazioni economiche alternative” alla tesi dell’illecito collusivo per cui è causa, non [si] potrebbe, per ciò solo, disconoscere le valutazioni tecniche compiute dall’Autorità che fossero basate su valutazioni altrettanto congruenti e condivisibili e ritenere preferibili quelle offerte dalla parte privata”, e ciò in quanto al giudice non è consentito “sostituire il proprio apprezzamento (opinabile) a quello – altrettanto opinabile – dell’Autorità ove questa si sia mantenuta entro i margini dell’opinabilità”²⁰⁴. I giudici amministrativi – trincerandosi dietro l’esistenza di margini di “opinabilità” – rinunciano dunque ad esercitare il proprio sindacato sul Provvedimento dell’AGCM, mostrando in via aprioristica una chiara preferenza per la tesi di quest’ultima, la cui “versione dei fatti” sembra non poter essere superata neanche da una ricostruzione altrettanto “convincente” presentata dalla parte privata²⁰⁵.

A simili conclusioni giunge anche il Consiglio di Stato nel caso *Telecom Italia*, in cui i giudici di Palazzo Spada – pur ribadendo di poter esercitare un sindacato pieno sul Provvedimento AGCM – hanno

²⁰⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 6 settembre 2016 nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561. Come ha avuto modo di chiarire la giurisprudenza, “nell’ambito dei procedimenti antitrust, dove vengono in gioco leggi economiche ed anche massime di esperienza, il criterio guida per prestare il consenso all’ipotesi ricostruttiva formulata dall’Autorità è quello della cd. congruenza narrativa, in virtù del quale l’ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l’unica a dare un senso accettabile alla “storia” che si propone per la ricostruzione dell’intesa illecita”: da questo punto di vista, le conclusioni raggiunte dal TAR Lazio nel caso *Servizi tecnici accessori* paiono in contrasto con il criterio della congruenza narrativa, posto che anche in presenza di due valutazioni egualmente “attendibili” i giudici amministrativi affermano di voler propendere in ogni caso per la valutazione compiuta dall’AGCM.

²⁰⁵ Al riguardo, R. DE NICTOLIS, *L’eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso per “violazione di legge”)*, in www.giustizia-amministrativa.it p. 44, suggerisce di “passare da un sindacato intrinseco di attendibilità ad un tipo di sindacato di maggiore attendibilità, in cui il giudice non si limita a ritenere attendibile la valutazione dell’Autorità, ma la valuti in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell’Amministrazione, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall’impresa sanzionata”.

espressamente criticato la scelta della Società appellante di sollevare una pluralità di censure vertenti sull'errata comprensione e qualificazione dei fatti, osservando come tali censure fossero “*quasi ai limiti della stessa ammissibilità e trova[ssero] il loro limite, nella misura in cui pretend[evano] una reiterazione o rinnovazione, punto per punto, degli accertamenti di fatti svolti dalla istruttoria dell’Autorità, nonché dei vari passaggi logici*”²⁰⁶. A ben vedere, tale pronuncia porta alle estreme conseguenze il ragionamento della SC, giungendo al paradosso di disegnare un modello di sindacato ancor più ristretto rispetto a quello proposto da quest’ultima. Difatti, i giudici amministrativi, affermando che la “*reiterazione o rinnovazione, punto per punto, degli accertamenti di fatti*” si porrebbe “*quasi ai limiti della stessa ammissibilità*”, disconoscono la necessità per il giudice di effettuare un controllo pieno sui fatti²⁰⁷, che – oltre ad essere una caratteristica essenziale del modello delineato dalla Cassazione – rappresenta una delle maggiori conquiste dell’evoluzione giurisprudenziale di cui si è dato conto. La circostanza che poi – nel caso in esame – i giudici abbiano ritenuto di compiere comunque l’analisi richiesta dal ricorrente²⁰⁸ non fa venir meno le perplessità appena esposte: ciò che infatti – ad avviso di chi scrive – è rilevante è il tenore letterale della pronuncia, che testimonia (una volta di più) una chiara insofferenza dei giudici per l’esercizio del potere di riesame dei

²⁰⁶ Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015 n. 2479.

²⁰⁷ Sul punto deve segnalarsi l’opinione discorde del Cons. di Stato F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice sugli atti delle Autorità indipendenti*, disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui “*il giudice conosce sempre del fatto, altrimenti il suo nemmeno sarebbe un giudizio. Le stesse fattispecie sintomatiche classiche di eccesso di potere, a partire dal travisamento dei fatti e dal difetto di istruttoria, dimostrano che il giudice amministrativo ha sempre operato una propria ricostruzione dei fatti, senza arretrare dinanzi allo schermo del provvedimento. Il fatto non appartiene mai alla sfera del merito amministrativo*”.

²⁰⁸ Al riguardo, il Consiglio di Stato osserva che “*per completezza, naturalmente, questo Collegio giudicante si ritiene in dovere di esaminare tutti i motivi di appello, valutandoli nella loro sostanza di critiche, rivolte sia al provvedimento sia alla sentenza, che lo ha ritenuto immune dalle dedotte censure*” (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015 n. 2479).

fatti su cui si fonda il Provvedimento oggetto di impugnazione, ed indica il ritorno ad un sindacato che si dimostra, nella sua essenza, “estrinseco”.

L’auto-limitazione del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell’AGCM è risultata di recente evidente anche nel caso *Vending*, in cui sono state qualificate come “*inammissibili [...] le doglianze dirette a suggerire definizioni alternative del mercato [...] [volte a] contestare non già la sufficienza, congruità e ragionevolezza del ragionamento svolto dall’Autorità nella individuazione del mercato, bensì la scelta di merito, ad esso sottesa, onde pervenire ad una non consentita sostituzione della valutazione tecnica contenuta nel provvedimento con le opinioni proposte dalle odierne esponenti*”²⁰⁹. Così facendo, l’AGCM – al pari di quanto accadeva nei primi provvedimenti degli anni ’90 – mostra di utilizzare (ancora) l’esistenza di margini di opinabilità come “barriera” all’esercizio del proprio sindacato giurisdizionale.

Se il modello di sindacato delineato dalla Cassazione sembra essere – in base ad un’analisi casistica²¹⁰ – quello maggiormente seguito dai giudici amministrativi, non mancano tuttavia pronunce in cui il controllo sul provvedimento *antitrust* si è rivelato maggiormente penetrante.

Al riguardo, possono essere menzionati i casi *TNT/Poste*, in cui il Consiglio di Stato – esaminando i fatti – ha ritenuto illegittimo un

²⁰⁹ Cfr. Tar Lazio, 28 luglio 2017, n. 9068.

²¹⁰ Tale approccio è stato infatti seguito nel riesame dei più importanti procedimenti *antitrust* degli ultimi anni: si pensi ad esempio che l’aprioristica preferenza per la ricostruzione fattuale compiuta dall’AGCM – già illustrata nel caso dei *Servizi tecnici accessori* – è altresì stata espressa nei casi *Vending machines* (cfr. per tutte TAR Lazio, 28 luglio 2017 n. 9068) e *Arsenali di Taranto, Augusta e La Spezia* (cfr. per tutte TAR Lazio, 25 luglio 2016 n. 8506); mentre in altri casi i giudici – pur affermando di svolgere un esame pieno dei fatti portati alla loro attenzione – si sono limitati a richiamare pedissequamente le valutazioni dell’AGCM (si pensi al caso *Consip scuole*, in cui il Consiglio di Stato ha omesso l’esame degli elementi probatori portati alla sua attenzione dalle ricorrenti, ritenendo che gli stessi avrebbero avuto la sola finalità di «*parcellizzare e frazionare l’unitaria valutazione dell’Autorità*» – cfr. Cons. Stato, VI, 28 febbraio 2017, n. 928).

provvedimento dell'AGCM fondato sull'erroneo presupposto che il prezzo del servizio offerto dall'*incumbent* fosse inferiore a quello del concorrente²¹¹; del pari, in *Tariffe Traghetti Sardegna*, i giudici – ripercorrendo le valutazioni tecniche dell'AGCM – hanno censurato la scelta dell'Autorità di valutare l'esistenza di un incremento tariffario sulla base del parametro del “ricavo medio unitario”, invece che sui prezzi reali²¹². Tali pronunce rappresentano una soluzione di “compromesso”, nella misura in cui tentano di coniugare l'approccio della Cassazione – che, come visto, si presta ad interpretazioni (anche) restrittive – con la necessità di assicurare al ricorrente la tutela giurisdizionale invocata.

Accanto a tali soluzioni intermedie, deve altresì evidenziarsi la presenza di un approccio più “radicale”²¹³, che ha trovato una prima (e, a quanto risulta, unica²¹⁴) applicazione nel caso Banca Profilo. In tale pronuncia

²¹¹ Cfr. Cons. Stato, VI, 6 maggio 2014 n. 2302. I giudici – nel confermare le valutazioni del TAR Lazio – osservano come non vi siano “*limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'AGCM, [...] [fermo restando] l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità*”.

²¹² Cfr. Cons. Stato, VI, 4 settembre 2015 n. 4123.

²¹³ Tra i sostenitori di tale approccio vi è R. Giovagnoli, il quale suggerisce che il giudice potrebbe non aderire alle valutazioni dell'Autorità laddove l'impresa sanzionata proponga una valutazione più attendibile (per esempio per quanto riguarda il mercato interessato o la restrittività della pratica): cfr. R. GIOVAGNOLI, M. TAVASSI, A. POLICE, M. LIBERTINI, M. SIRAGUSA, R. CHIEPPA, *Judicial Review of Antitrust Decisions: Q&A*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, (1) 2015. Il Cons. Giovagnoli è, peraltro, il relatore della sentenza Banca Profilo, l'unica – a conoscenza di chi scrive – in cui i giudici adottano un approccio così “radicale”.

²¹⁴ Un'ulteriore sentenza espressione di un approccio (forse, anche eccessivamente) “radicale” è quella adottata dai giudici del TAR Lazio nel caso *Valoritalia* (cfr. TAR Lazio, sez. I, 5 luglio 2016, n. 7732) in cui è stata affermata la possibilità del TAR di sindacare addirittura la scelta dell'AGCM di non avviare un'istruttoria a seguito della segnalazione della ricorrente. I giudici di prime cure, in particolare, hanno condannato l'AGCM a provvedere “*alla sollecita riedizione [...] dell'attività di accertamento e valutazione delle possibili violazioni denunciate nella segnalazione ricevuta da parte della ricorrente, mediante la tempestiva apertura di una istruttoria che consenta la partecipazione della stessa ricorrente e di tutti gli altri soggetti interessati e che tenga altresì conto delle precedenti acquisizioni documentali, ed affinché provveda alla rapida adozione delle misure precettive di tutela della concorrenza e del mercato di competenza della medesima Autorità eventualmente conseguenti alla predetta istruttoria, anche previa disapplicazione, ove necessario, della disciplina nazionale della materia*”. Tale pronuncia è stata tuttavia annullata da Consiglio di Stato, sez. VI, 12 aprile 2017 n. 1708 che ha evidenziato l'erroneità

– relativa ad un procedimento sanzionatorio Consob – i giudici di Palazzo Spada riconoscono che *“la piena giurisdizione implica il potere del giudice di condurre un’analisi « point by point » su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell’applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all’accertamento compiuto dagli organi amministrativi e anzi dovendo sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell’amministrazione”*²¹⁵. I giudici amministrativi, in tal modo, sembrano addirittura voler travalicare i limiti del sindacato di legittimità, giungendo ad ammettere la possibilità di esercitare un sindacato “sostitutivo” sugli atti delle AAI.

Tanto la posizione “di compromesso” quanto quella più “radicale” rappresentano tuttavia orientamenti minoritari, mentre il modello di sindacato maggiormente diffuso è quello descritto nella sentenza della Cassazione SS.UU. n. 1013/14, che in alcuni casi – come visto – risulta essere interpretato in maniera eccessivamente restrittiva, finendo per risultare finanche troppo deferente rispetto alle conclusioni raggiunte dall’AGCM.

2. Le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia

2.1 Considerazioni preliminari

Ai fini della presente analisi appare utile ricostruire anche la posizione della Corte di Giustizia in merito al sindacato del giudice sui provvedimenti *antitrust*.

delle conclusioni del TAR laddove disponeva *“l’attivazione di un’istruttoria formale e (addirittura) dell’adozione di precisi atti di tutela o di vincolate determinazioni sanzionatorie”*. Per un’analisi della pronuncia del TAR si rimanda a M. FILICE, *Il problematico confine fra i poteri dell’Agcm e il sindacato del giudice*, (3) Giornale di diritto amministrativo, 2017, p. 389-398

²¹⁵ Cfr. Cons. Stato, VI, *Banca Profilo c. Consob*, 26 marzo 2015 n. 1596.

Come noto, nell'ambito del diritto della concorrenza i giudici di Lussemburgo sono incaricati di verificare la corretta applicazione – da parte della Commissione europea – degli artt. 101 e 102 TFUE. Tali norme, in virtù del processo di modernizzazione del Regolamento CE 1/03²¹⁶, possono essere applicate anche dalle autorità nazionali di concorrenza, ma l'operato di queste ultime è – come visto – sottoposto al controllo del giudice nazionale. I giudici amministrativi e quelli di Lussemburgo si trovano pertanto a verificare la corretta applicazione (da parte di Autorità diverse) del medesimo *set* di norme, ed è dunque opportuno assicurare un sindacato che – pur nella diversità del quadro normativo – presenti caratteristiche omogenee²¹⁷.

Tale risultato dovrebbe peraltro essere favorito dalla circostanza che il sistema di controllo giurisdizionale assicurato sui provvedimenti della Commissione presenta notevoli punti di contatto con quello esercitato dai giudici amministrativi sui provvedimenti dell'AGCM.

²¹⁶Cfr. Regolamento (CE) del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (Testo rilevante ai fini del SEE), GU L-1/1, 4.1.2003, art. 3(1): “*Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'articolo 81 del trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'articolo 82 del trattato, esse applicano anche l'articolo 82 del trattato*”. Per un esame della portata del Regolamento ed in particolare dei meccanismi di coordinamento tra Commissione ed autorità nazionali si rinvia a L.F. PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del Regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit. (1) 2004, pp. 147-197, nonché L.F. PACE, *Il rapporto tra diritto europeo antitrust e diritto nazionale*, in L.F. PACE (ed.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli 2013, pp. 139-143.

²¹⁷ Come peraltro osservano correttamente M. BOTTA E A. SVETLICINII, la Corte di Giustizia tende sempre più ad uniformare le regole procedurali del diritto della concorrenza: una circostanza che rende lo *standard* di sindacato della Corte sui provvedimenti della Commissione un importante punto di riferimento per i giudici nazionali. Cfr. M. BOTTA E A. SVETLICINII, *The right of fair trial in competition law proceedings: quo vadis the courts of the new EU member States*, in P. NIHOUL e T. SKOCZNY (eds.) *Procedural fairness in competition proceedings*, Elgar 2015, pp. 305-306.

In particolare, come nel giudizio amministrativo, anche la Corte di Giustizia è chiamata ad esercitare – ai sensi dell’art. 263 TFUE – un controllo di mera legittimità sulle decisioni della Commissione, potendo decidere dei ricorsi “*per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere*”. Ed ancora, al pari di quanto previsto dall’art. 134 del Codice del processo amministrativo, anche il sindacato di legittimità della Corte è completato – ai sensi dell’art. 261 TFUE – da una “*competenza giurisdizionale anche di merito*” in materia sanzionatoria²¹⁸, che – ai sensi di quanto stabilito dall’art. 31 del Regolamento CE 1/03 – le consente di “*estinguere, aumentare o ridurre l’ammenda o la penalità di mora irrogata*”.

A fronte di un sistema siffatto, l’analisi della casistica della Corte può dunque fornire interessanti spunti di riflessione sulla possibilità di interpretare il modello di sindacato in maniera più flessibile, ed assicurare così maggiori garanzie al soggetto destinatario delle sanzioni *antitrust*.

2.2 Le aree in cui si manifesta la judicial deference verso le decisioni della Commissione

Storicamente, la Corte ha mostrato nei confronti della Commissione un atteggiamento di grande deferenza, sull’assunto che una riforma delle decisioni da essa adottate – pur astrattamente possibile – avrebbe potuto essere percepita come un’indebita interferenza nell’operato della Commissione, in grado di pregiudicare l’equilibrio inter-istituzionale²¹⁹.

²¹⁸ In particolare, l’art. 261 TFUE specifica che tale competenza deve essere espressamente attribuita alla Corte dal Parlamento e dal Consiglio e pertanto la stessa è stata declinata all’interno del già citato Regolamento n. 1/03.

²¹⁹ Cfr. Tribunale UE, causa T-68, 77-78/89 Società Italiana Vetro SpA e a. c Commissione, 10 marzo 1992, §319 secondo cui “*benché nell’ambito del sindacato giurisdizionale degli atti dell’amministrazione comunitaria il giudice comunitario possa pronunciare l’annullamento parziale di una decisione della Commissione nel settore della concorrenza, ciò non significa tuttavia che esso sia competente a riformare la decisione impugnata*”.

Dopo i primi anni, un simile approccio è stato – quantomeno in linea di principio – abbandonato, in favore di un modello di sindacato che richiedesse al giudice di compiere “*un esame esaustivo sia della ricostruzione materiale dei fatti, sia della loro valutazione giuridica da parte della Commissione*”²²⁰. Nonostante le indicazioni della Corte, tuttavia, l’analisi della prassi decisionale dei giudici di Lussemburgo fa emergere una realtà ben diversa, caratterizzata dalla presenza aree che – come si vedrà – risultano (del tutto o in parte) sottratte al controllo giurisdizionale.

In particolare, nessun problema pone il **sindacato sui fatti**, dal momento che su di essi è esercitato un controllo pieno ed approfondito: come ben sintetizzato dall’AG Tizzano, in tali casi “*il controllo è chiaramente più intenso, in quanto si tratta di verificare in maniera oggettiva l’esattezza di determinati elementi nella loro materialità e la correttezza delle deduzioni operate per stabilire se determinati fatti noti consentano di dimostrare l’esistenza di altri fatti da accertare*”²²¹. In altre parole, tanto potrà il controllo del giudice essere pieno in quanto “*la Commissione non dispone [...] di alcun margine di discrezionalità per quel che riguarda le questioni di fatto*”²²².

Del pari non problematica è **l’interpretazione ed applicazione degli articoli 101 e 102**, posto che, come noto, ai sensi dell’art. 19 TUE la Corte di Giustizia è deputata ad “*assicura[re] il rispetto del diritto nell’interpretazione*

Arrogarsi una simile competenza porterebbe non solo a turbare l’equilibrio interistituzionale disegnato dal Trattato, ma rischierebbe anche di pregiudicare i diritti della difesa”.

²²⁰ Cfr. Tribunale UE, causa T-25/95, *Cimenteries CBR c Commissione*, 15 marzo 2000, § 719.

²²¹ Cfr. Corte di Giustizia, cause riunite C-12/03 P e C-13/03 P *Commissione c Tetra Laval*, Conclusioni dell’AG Tizzano, 25 maggio 2004, § 86. Come osservato da C. OSTI, *Un giudice a Berlino: equità ed efficienza nel riesame giudiziale dei provvedimenti dell’autorità della concorrenza*, Giur. comm., (5) 2008, pp. 873 ss., “*l’Avvocato Generale assoggetta al controllo pieno della corte non solo l’accertamento dei fatti, ma anche quello della correttezza delle deduzioni che da quei fatti l’agenzia ha ritratte*”.

²²² Cfr. Tribunale UE, caso T-210/01, *General Electric c Commissione*, 14 dicembre 2005, § 490.

e nell'applicazione dei trattati”: un potere che i giudici esercitano appieno, come dimostrano i numerosi casi in cui la decisione della Commissione è stata annullata per errori di diritto²²³.

Tuttavia, accanto ad aree di sindacato “intenso” o “pieno”, è possibile rinvenire (quantomeno) due aree grigie²²⁴, in cui cioè il sindacato esercitato risulta meramente “estrinseco” o, comunque, meno intenso rispetto a quello esercitato sui fatti e sull’interpretazione delle norme: si tratta del controllo effettuato sulle valutazioni economiche complesse²²⁵ e sulle sanzioni irrogate, a cui sarà dedicato il prosieguo del presente capitolo.

2.2.1 Il sindacato della Corte di Giustizia sulle valutazioni economiche complesse

Lo *standard* di sindacato pieno e penetrante che – come visto – è esercitato dalla Corte in relazione ai fatti ad all’interpretazione della normativa *antitrust* non trova applicazione in relazione alle valutazioni

²²³ A titolo esemplificativo, può essere ricordata la causa T-41/96 *Bayer c Commissione*, 26 ottobre 2000, in cui il Tribunale ha escluso che la condotta di Bayer potesse qualificarsi come un’intesa restrittiva della concorrenza (la sentenza è stata poi confermata in appello – cfr. Corte di Giustizia, causa C-2/01 P e C-3/01 P *BAI e Commissione c Bayer*, 6 gennaio 2004).

²²⁴ A tali aree grigie R. NAZZINI, *Judicial review after KME: an even stronger case for the reform that will never be*, (40) E.L. Rev. 2015, p. 495 ne aggiunge una terza, costituita dalla mancata valutazione delle prove. A tal fine, l’A. cita il caso T-59/02, *Archer Daniels Midland c Commissione* del 27 settembre 2006, in cui il Tribunale – dopo aver esaminato le prove che avevano condotto la Commissione ad attribuire ad una delle ricorrenti un’aggravante per il ruolo di leader dell’intesa – ha affermato che la Commissione “*non è incorsa in errori manifesti di valutazione*” (§§ 299 – 302), così auto-limitando il proprio sindacato. Ad avviso di chi scrive, tale terza area non rappresenta una categoria a sé, ma può essere ben ricompresa all’interno del sindacato (solo apparentemente pieno) sulla sanzione, su cui cfr. *infra*.

²²⁵ E’ il caso di osservare come tale categoria ricomprenda anche le “valutazioni tecniche complesse”, che in alcuni casi sono state sottratte al sindacato pieno del giudice sulla scorta delle medesime argomentazioni elaborate in relazione alle valutazioni economiche complesse: cfr. Tribunale UE, causa T-201/04, *Microsoft c Commissione*, 17 settembre 2007, § 88, in cui si afferma che “*qualora la decisione della Commissione sia il risultato di valutazioni tecniche complesse, queste ultime, in linea di principio, sono soggette ad un sindacato giurisdizionale limitato, il quale implica che il giudice comunitario non può sostituire la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della Commissione*”.

economiche complesse²²⁶. Al riguardo, è infatti la stessa Corte di Giustizia a chiarire come sussista una “*distinzione fondamentale [...] tra i dati e le constatazioni di fatto, da un lato, la cui eventuale inesattezza può essere rilevata dal giudice alla luce degli argomenti e degli elementi di prova a lui sottoposti, e le valutazioni di tipo economico, dall’altro lato*”²²⁷, lasciando così intendere come queste ultime siano assoggettate ad un sindacato diverso e, dunque, necessariamente, meno intenso.

In particolare, per lungo tempo la Corte di Giustizia – riprendendo l’orientamento consolidatosi in vigenza del trattato CECA²²⁸ – ha ritenuto che “*il controllo giurisdizionale [sulle valutazioni economiche complesse] non p[otesse] spingersi oltre l’esame dei dati di fatto e delle conseguenze giuridiche che la Commissione ne ha tratto*”²²⁹, richiedendo pertanto ai giudici di limitarsi “*alla verifica dell’insussistenza di sviamento di potere, del rispetto delle regole di procedura e di motivazione, dell’esattezza materiale dei fatti e dell’insussistenza di errore manifesto di valutazione di tali fatti*”²³⁰.

²²⁶ Sulla nozione di “valutazioni economiche complesse” e sull’evoluzione dello standard di sindacato si veda anche A. KALINTIRI, *What’s in a name? The marginal standard of review of “complex economic assessments” in EU competition enforcement*, (53) CMLR, 2016 pp. 1283-1316.

²²⁷ Cfr. Tribunale UE, causa T-210/01 *General Electric Company c Commissione*, 14 dicembre 2005 § 62.

²²⁸ L’art. 33(1) del Trattato CECA, infatti, stabiliva come “*l’esame della Corte non può vertere sulla valutazione della situazione derivante da fatti o circostanze economiche in base alla quale sono state emesse le dette decisioni o raccomandazioni, a meno che si addebiti all’Alta Autorità di aver commesso uno sviamento di potere o di non aver palesemente tenuto conto delle disposizioni del Trattato o di altra norma giuridica relativa alla sua applicazione*”.

²²⁹ Cfr. Corte di Giustizia, cause riunite C-56 e 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH c Commissione*, 13 luglio 1966, p. 524. Si veda altresì Corte di Giustizia, conclusioni dell’AG Reischl nella causa C-26/76 *Metro c Commissione*, 9 giugno 1977, p. 1924 secondo cui al margine di discrezionalità di cui dispone la Commissione nel compimento di valutazioni economiche complesse corrisponde una limitazione del sindacato del giudice.

and this means at the same time that there is a corresponding restriction on judicial review

²³⁰ Cfr. Corte di Giustizia, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, 7 gennaio 2004, § 279. Fino al “cambio di passo” avvenuto successivamente alla sentenza *Menarini*, tale formula è

Tale approccio – non dissimile da quello seguito nei primi anni dai giudici amministrativi italiani – risulta fortemente “deferente” nei confronti dell’autorità di concorrenza, dal momento che limita il sindacato sulle valutazioni discrezionali della Commissione ad un controllo meramente estrinseco nonché al cd. “errore manifesto” nell’applicazione della legge ai fatti di causa²³¹. Ad avviso dei giudici di Lussemburgo, infatti, “*la Commissione dispone di un potere discrezionale al fine di conservare il controllo della politica comunitaria della concorrenza, ciò che implica che [...] essa gode di una certa libertà nella scelta degli strumenti econometrici a sua disposizione, nonché in quella degli appropriati angoli di approccio per lo studio di un fenomeno, purché tali scelte non siano manifestamente contrarie alle regole accettate della disciplina economica e vengano attuate in modo coerente*”²³²

Tuttavia, al pari di quanto accaduto in Italia, l’area delle valutazioni “insindacabili” ha subito nel tempo una graduale erosione²³³, che ha raggiunto

stata costantemente impiegata dalla Corte: cfr. *ex multis* Corte di Giustizia, causa C-399/08 P, *Commissione c. Deutsche Post*, 2 settembre 2010, §97.

²³¹ Una definizione di “errore manifesto” può essere rinvenuta in tribunale UE, causa T-156/98, *RJB Mining c Commissione*, 31 gennaio 2001, § 87: “*una violazione delle norme giuridiche talmente grave da rivelarsi dovuta a un evidente errore nella valutazione*”.

²³² Cfr. Tribunale UE, causa T-351/03, *Schneider Electric e a. c. Commissione e a.*, 11 luglio 2007, § 132 s. Le ragioni di equilibrio interistituzionale che giustificerebbero un sindacato di tipo debole su tali valutazioni sono state espresse dall’AG Tizzano nel caso C-12/03 P *Commissione c Tetra Laval BV*, 25 maggio 2004, § 89 secondo cui “*le regole relative al riparto di competenze tra la Commissione ed i giudici comunitari, che sono alla base del sistema istituzionale comunitario, non consentono tuttavia a tali giudici di andare oltre, ed in particolare – come ho appena detto – di entrare nel merito delle valutazioni economiche complesse compiute dalla Commissione e sostituire il loro punto di vista a quello di detta istituzione*”. Sul punto, cfr. altresì le affermazioni dell’ex presidente del Tribunale, Bo Vesterdorf, secondo cui “*alla luce dell’equilibrio inter-istituzionale tra le Corti e la Commissione abbiamo tradizionalmente riconosciuto alla Commissione un margine di discrezionalità*” nelle scelte compiute: cfr. B. VESTERDORF, *Chapter 13: The European Court’s Case Law in Merger Control*, in A. M. MATEUS e T. MOREIRA, *Competition Law and Economics, International Competition Law Series*, Volume 31, Kluwer Law International, 2007, p. 245

²³³ In realtà già nei primi anni ‘90 alcune pronunce avevano tentato di scalfire l’insindacabilità *de facto* di cui godeva la Commissione: si pensi a Corte di Giustizia, causa C-269/90, *Technische Universität München*, 21 novembre 1991, che al § 14 afferma che

il suo punto di rottura in alcune pronunce in materia di controllo delle concentrazioni²³⁴. In particolare, nel caso *Tetra Laval* la Corte – rigettando l'appello proposto dalla Commissione avverso la sentenza a sé sfavorevole pronunciata dal Tribunale – ha chiaramente affermato che “*sebbene [...] riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono*”²³⁵. Alla luce di ciò, l'esame accurato dei documenti e delle prospettazioni delle parti compiuto dal Tribunale nelle oltre settanta pagine che compongono la sentenza è risultato dunque pienamente legittimo e giustificato.

laddove “*le istituzioni comunitarie dispongano di un siffatto potere discrezionale è di fondamentale importanza il rispetto nei procedimenti amministrativi delle garanzie offerte dall'ordinamento giuridico comunitario. Fra queste garanzie si annoverano in particolare l'obbligo dell'istituzione competente di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi rilevanti della fattispecie, il diritto dell'interessato a far conoscere il proprio punto di vista e il diritto ad una decisione sufficientemente motivata. Soltanto così la Corte sarà in grado di accertare se esistessero tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari per l'esercizio del potere discrezionale*”.

²³⁴ Ci si riferisce a Tribunale UE, causa T-342/99, *Airtours-First Choice*, 6 giugno 2002; Tribunale UE, causa T-310/01, *Schneider-Legrand*, 22 ottobre 2002; Tribunale UE, causa T-5/02, *Tetra Laval c. Commissione*, 25 ottobre 2002. In tali casi, il Tribunale ha infatti annullato le decisioni della Commissione ritenendo che le conclusioni raggiunte da quest'ultima non fossero condivisibili alla luce delle evidenze dedotte dalle imprese.

²³⁵ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval*, 15 febbraio 2005, § 39. L'ex presidente del Tribunale, M. Jaeger parla al riguardo di un “paragrafo dimenticato”, in quanto – nel criticare l'approccio deferente della Corte di Giustizia – non si considera che in realtà quest'ultima esercita un sindacato che, come illustrato proprio in tale paragrafo, risulta ben più intenso di quanto si pensi: cfr. M. JAEGER, *The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review?* (2) Oxford Journal of European Competition Law & Practice, 2011 p. 295.

Come detto, tale più intenso *standard* di sindacato si è sviluppato inizialmente in relazione a decisioni in materia di concentrazione, al fine di assicurare un effettivo riesame del giudizio prognostico compiuto dalla Commissione in merito agli effetti sul mercato dell'operazione esaminata. Tuttavia, ben presto i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto di estendere il nuovo *standard* anche ai casi relativi a condotte anticoncorrenziali²³⁶, assicurando per questa via uniformità di giudizio in tutte le aree del diritto della concorrenza.

Naturalmente, la giurisprudenza *Tetra Laval* non deve essere interpretata in maniera eccessivamente estensiva: se infatti, da un lato, essa consente al giudice di effettuare una verifica sull'operato della Commissione, dall'altro, resta in ogni caso preclusa all'autorità giudiziaria la possibilità di travalicare i limiti del sindacato di legittimità, come definiti dalla stessa giurisprudenza della Corte. In particolare, è certamente da escludere che il sindacato del giudice possa spingersi fino a sostituirsi alle valutazioni della Commissione. Ciò è stato espressamente chiarito nel caso *Alrosa*, in cui la Corte è stata chiamata a valutare la legittimità dell'operato del Tribunale, che aveva annullato la decisione con cui la Commissione aveva accettato gli impegni presentati dalla società De Beers. I giudici, nell'annullare la decisione del Tribunale, hanno osservato che quest'ultimo, presentando “*una propria valutazione di circostanze economiche complesse [...] ha [...] sostituito la propria valutazione a quella della Commissione, violando in tal modo il margine discrezionale di quest'ultima, invece di verificare la legittimità della sua valutazione*”²³⁷.

²³⁶ Tale *standard* è espressamente richiamato in Tribunale UE, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, 17 settembre 2007, § 87-89 e Tribunale UE, causa T-301/04, *Clearstream*, 9 settembre 2009, § 96.

²³⁷ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-441/07 P, *Commissione c Alrosa*, 29 giugno 2010, § 67.

In ogni caso, il divieto di sindacato sostitutivo non rappresenta l'unico limite all'operato del giudice. Difatti, nel caso *Impala* la Corte ha ritenuto di censurare l'operato del Tribunale per aver “*impo[sto], in sostanza, alla Commissione di essere particolarmente rigorosa nei confronti del valore probatorio degli elementi di prova e delle argomentazioni prodotti dalle parti che effettuano la notificazione in risposta a una comunicazione degli addebiti*”²³⁸.

Ciò che emerge da quanto descritto sin ora è che – come osservato da autorevole dottrina²³⁹ – il sindacato sulle valutazioni economiche complesse non è finalizzato a verificare che il giudice abbia fatto la “scelta giusta”, ma piuttosto a valutare se tale scelta sia stata o meno ben motivata. In altre parole, se la Commissione è in grado di dimostrare che l'istruttoria è stata basata su evidenze affidabili e corrette, che tali elementi sono stati esaminati attentamente ed in maniera imparziale e che gli stessi sono in grado di supportare le conclusioni raggiunte, difficilmente la decisione sarà suscettibile di annullamento.

2.2.2 Il sindacato della Corte di Giustizia sulle sanzioni

La seconda “area grigia” che appare possibile individuare è costituita – come anticipato – dal sindacato esercitato sulla sanzione²⁴⁰.

²³⁸ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-413/06 P, *Bertelsmann and Sony Corporation of America c Impala*, 10 luglio 2008, § 95.

²³⁹ Cfr. F. CASTILLO DE LA TORRE e E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, proof and judicial review in EU competition law*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 297-298.

²⁴⁰ Una circostanza davvero paradossale ove si consideri che la necessità di un sindacato pieno sulle sanzioni era stata evidenziata sin dai tempi della CECA: cfr. in part. Tribunale UE, causa T-156/94, *Aristrain c Commissione*, 11 marzo 1999, § 39 in cui il Tribunale osserva che “*nella relazione della delegazione francese sul Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio e sulla Convenzione relativa alle disposizioni transitorie firmate a Parigi il 28 aprile 1951 (Parigi ministero degli Affari esteri, ottobre 1951, pag. 41) [...] a proposito del ricorso di piena giurisdizione previsto dal Trattato in materia di sanzioni pecuniarie, [si afferma] che «in questa materia si dovevano prevedere garanzie particolari a favore degli interessati, e le normali regole del ricorso di*

Difatti, nonostante – come visto – il combinato disposto dell’art. 261 TFUE e dell’art. 31 del Regolamento CE 1/03 consentano al “*giudice comunitario [di] esercitare la sua competenza anche di merito quando il problema dell’importo dell’ammenda è sottoposto alla sua valutazione*”²⁴¹, la prassi della Corte è stata caratterizzata da un approccio molto più cauto che – ritenendo le sanzioni uno strumento di politica della concorrenza²⁴² – riconosceva alla Commissione un “*potere discrezionale particolarmente ampio con riguardo alla scelta degli elementi da prendere in considerazione*”²⁴³.

Ciò ha condotto – nei fatti – la Corte ad esercitare un controllo molto limitato sulle ammende irrogate dalla Commissione, che non è mutato neanche a seguito dell’adozione – da parte della stessa – di Linee Guida sanzionatorie²⁴⁴. Tali Linee Guida – adottate per la prima volta nel 1998²⁴⁵ e

annullamento non erano adatte. Per tale ragione si è ammesso un ricorso di piena giurisdizione, che permette alla Corte non solo di valutare i fatti senza restrizione alcuna, ma anche di annullare o di modificare l'ammenda secondo quanto le sembri opportuno»”.

²⁴¹ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-3/06P *Gruppo Danone c Commissione*, 8 febbraio 2007 § 62. Sul rapporto tra sindacato di legittimità sulle valutazioni dell’AGCM e sindacato di merito sulle sanzioni si segnala Corte di Giustizia, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P, e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e altri c Commissione*, 15 ottobre 2002 §693 in cui si afferma che “*la semplice presentazione di un ricorso in sede giurisdizionale non comporta un trasferimento definitivo, al giudice comunitario, del potere di infliggere sanzioni. La Commissione viene definitivamente privata del suo potere una volta che il giudice abbia effettivamente esercitato la propria competenza giurisdizionale anche di merito. Per contro, quando il giudice si limita ad annullare una decisione a motivo di un’illegittimità, senza statuire direttamente sull’effettiva sussistenza della violazione e sulla sanzione, l’istituzione da cui promana l’atto annullato può riprendere il procedimento dal punto in cui si è verificata l’illegittimità accertata ed esercitare nuovamente il proprio potere sanzionatorio*”.

²⁴² Cfr. Tribunale UE, causa T-150/89, *Martinelli c Commissione*, 6 aprile 1995, § 59.

²⁴³ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-289/04 P, *Showa Denko KK c. Commissione*, 29 giugno 2006, § 36.

²⁴⁴ Cfr. *Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, GU C 210 del 1.9.2006 (“**Linee guida sanzionatorie**”).

²⁴⁵ Cfr. *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dell’articolo 65, paragrafo 5 del trattato CECA*, GU C 9 del 14.1.1998.

poi sostituite nel 2006 – rappresentano uno strumento di *soft law* idoneo a vincolare la Commissione²⁴⁶, e volte, da un lato, ad “assicurare la trasparenza ed il carattere obiettivo delle decisioni della Commissione, di fronte sia alle imprese che alla Corte di Giustizia”²⁴⁷; dall’altro, a “garantire una prassi decisionale coerente in materia di applicazione delle ammende che consente, a sua volta, di garantire la parità di trattamento delle imprese sanzionate per violazione delle regole in materia di concorrenza”²⁴⁸.

Gli indubbi pregi delle Linee Guida – uniti alla convinzione che la politica sanzionatoria fosse un’area in cui si estrinsecasse il potere discrezionale della Commissione²⁴⁹ – hanno, dunque, favorito lo sviluppo di uno standard di sindacato limitato, ossia volto a verificare unicamente la conformità della sanzione ai parametri fissati dalle stesse Linee Guida. A titolo esemplificativo, si consideri che in *Fuji Electric* il Tribunale ha considerato soggetti ad una mera “verifica della mancanza di errori manifesti di valutazione” – con conseguente esclusione di un controllo di merito – elementi quali “la fissazione di una percentuale di maggiorazione dell’ammenda per la durata dell’infrazione o per conferire alla sanzione un effetto dissuasivo, o [...] la valutazione della qualità e dell’utilità della cooperazione fornita da un’impresa nel corso del procedimento

²⁴⁶ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-397/03 P, *Archer Daniels Midland c Commissione*, 18 maggio 2006, § 91, secondo cui “norme di comportamento intese a produrre effetti esterni, come appunto gli orientamenti, che riguardano operatori economici, se non possono essere qualificate come norme giuridiche che l’amministrazione deve rispettare in ogni caso, sono pur sempre indicative della prassi da seguire e l’amministrazione non può discostarsene, in un’ipotesi specifica, senza fornire ragioni compatibili con il principio di parità di trattamento”.

²⁴⁷ Cfr. *Orientamenti per il calcolo delle ammende cit.*, 14.1.1998 (richiamato anche dalle Linee guida sanzionatorie) §1.

²⁴⁸ Cfr. Tribunale UE, Gruppo Danone c Commissione, 25 ottobre 2005, § 523.

²⁴⁹ Cfr. Tribunale UE, causa T-240/07, *Heineken Nederland c Commissione*, 16 giugno 2011, § 309, secondo cui nella “determinazione dell’importo di un’ammenda ai sensi del regolamento n. 1/2003, [...] la Commissione dispone di [un] potere discrezionale, [per cui] il controllo di legittimità operato su dette valutazioni si limita a quello dell’assenza di errore manifesto nella valutazione”.

*amministrativo, in particolare rispetto ai contributi di altre imprese*²⁵⁰. Del pari, la Corte – nei casi in cui ha ritenuto illegittima la sanzione irrogata dalla Commissione – ha proceduto alla ri-quantificazione facendo applicazione delle Linee Guida sanzionatorie, e ciò nonostante – come detto – le stesse vincolino esclusivamente l’istituzione che le ha emanate²⁵¹.

Emerge dunque uno *standard* di sindacato consistente nella mera verifica della “legalità” delle ammende²⁵² (rispetto alle Linee Guida), e che non implica alcuna valutazione di merito, che anzi – ove richiesta dalle ricorrenti – è stata negata²⁵³: questioni come la proporzionalità delle ammende, secondo il Tribunale, “*riguard[erebbero] la politica della concorrenza praticata dalla Commissione per reprimere i cartelli, eccede[ndo pertanto] i limiti del sindacato giurisdizionale sulla decisione impugnata*”²⁵⁴.

²⁵⁰ Cfr. Tribunale UE, causa T-132/07, *Fuji Electric c Commissione*, 12 luglio 2011, § 208.

²⁵¹ Cfr. *ex multis* Tribunale UE, cause riunite T-379/10 e T-381/10, *Keramag e altri c Commissione*, 16 settembre 2013, § 332 in cui si afferma che “*sebbene gli orientamenti del 2006 non pregiudichino la valutazione dell’ammenda da parte dei giudici dell’Unione europea quando decidono nell’esercizio della loro competenza estesa al merito, la Corte ritiene opportuno, nel caso di specie, avvalersene per ricalcolare l’ammenda, in particolare perché consentono di tenere conto di tutti gli elementi pertinenti della fattispecie e di applicare sanzioni proporzionate a tutte le imprese che hanno partecipato all’infrazione constatata*”.

²⁵² In alcune pronunce, la Corte parla espressamente di controllo sulla “*assenza di errore manifesto nella valutazione*”: in questi termini cfr. Tribunale UE, causa T-116/04, *Wieland-Werke AG c Commissione*, 6 maggio 2009, § 32.

²⁵³ Una delle rare eccezioni a tale *modus procedendi* è rappresentata da Tribunale UE, cause riunite T-217/03 e T-245/03, *FNCBV c Commissione*, 13 dicembre 2006, § 361, in cui – pur non rinvenendo alcun errore nella quantificazione della sanzione seguita – ritiene “*appropriato fissare nel 70% la percentuale di riduzione delle ammende da concedere alle ricorrenti*”.

²⁵⁴ Cfr. Tribunale UE, cause riunite T-389/10 e T-419/10, *SLM e Ori Martin c Commissione*, 15 luglio 2015, § 203. Al riguardo, I NIKOLIC, *Full judicial review of antitrust cases after KME: a new formula of review?*, (33) ECLR 2012, p. 586 osserva che una simile posizione può essere pragmaticamente spiegata con il sovraccarico del ruolo giudiziario, che spinge il giudice ad astenersi dal valutare (anche) il livello dell’ammenda.

In definitiva, come ha evidenziato autorevole dottrina, per oltre trent'anni il "sindacato pieno" sulla sanzione, benché formalmente esistente, non è stato mai (o quasi mai) realmente esercitato, così mettendo in luce la profonda discrepanza tra gli ampi poteri attribuiti al giudice ed il loro estremamente limitato – ed a volte insufficiente – utilizzo²⁵⁵.

2.3 Le ripercussioni della sentenza Menarini sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia

La questione dell'effettività della tutela giurisdizionale garantita dalla Corte di Giustizia è tornata alla ribalta nel 2011, quando – quasi contestualmente alla pubblicazione della sentenza *Menarini* da parte della Corte EDU – l'Avvocato Generale Sharpston aveva sollevato nel caso *KME* il tema dell'eventuale compatibilità – a suo avviso dubbia²⁵⁶ – dello standard di sindacato utilizzato dalla Corte di Giustizia sulle decisioni della Commissione con l'art. 6 CEDU.

In particolare, l'AG osserva come "*sarebbe arbitrario, pericoloso ed ingiusto applicare la stessa «deferenza giudiziaria» alla discrezionalità della Commissione nel contesto dell'attuale regime di attuazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea, caratterizzato da ammende sempre più elevate, che hanno inevitabilmente un impatto economico e finanziario sulle imprese, sugli azionisti e sui lavoratori, e conducono di fatto a una*

²⁵⁵ E. BARBIER DE LA SERRE, C. WINCKLER (2012) *A landmark year for the law on fines imposed in EU competition proceedings*, (3) J Eur Compet Law Pract, 2012 p. 369. Cfr. sul punto M. Siragusa, *Annulment Proceedings in Antitrust Cases*, in M. Merola and J. Derenne, GCLC Annual Conferences Series – *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, Bruylant, 2010, p. 130 "*in realtà, il controllo di legalità esercitato dal Tribunale è molto spesso gravemente deficitario, dal momento che la sua portata è limitata ad alcuni elementi del metodo di calcolo dell'ammenda. Invece che esercitare un sindacato pieno sulla decisione della Commissione [...] la Corte adotta un approccio deferente in merito alle modalità attraverso cui la Commissione ha esercitato il proprio potere sanzionatorio, limitandosi a valutare la presenza di eventuali errori manifesti*".

²⁵⁶ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-272/09 P, *KME Germany e a. c Commissione*, Conclusioni dell'AG Sharpston, 10 febbraio 2011, § 51

«trasformazione in senso penale» del diritto della concorrenza»²⁵⁷. In considerazione di ciò – prosegue l’AG – “la portata del potere discrezionale della Commissione (ammesso che esista) [...] andrebbe definita restrittivamente e il grado di deferenza (ammesso che esista) dell’organo giurisdizionale a detto potere discrezionale dovrebbe essere limitato in misura corrispondente. La natura tecnica di un caso non dovrebbe indurre il giudice a rinunciare al proprio dovere di garantire il rispetto della legge”²⁵⁸.

La Corte, tuttavia, – replicando proprio nella sentenza *KME* alle osservazioni formulate dall’AG Sharpston – non ha ritenuto di condividere i dubbi avanzati da quest’ultima, osservando come “il giudice dell’Unione eserciti un controllo tanto in diritto quanto in fatto e che esso disponga del potere di valutare le prove, di annullare la decisione impugnata e di modificare l’ammontare delle ammende. Non risulta quindi che il controllo di legittimità di cui all’art. 263 TFUE, completato dalla competenza estesa al merito per quanto riguarda l’importo dell’ammenda, prevista all’art. 31 del regolamento n. 1/2003, sia contrario ai dettami del principio della tutela giurisdizionale effettiva che figura all’art. 47 della Carta”²⁵⁹.

Come visto, tuttavia, tale affermazione – almeno sino al 2011 – non trovava riscontro nella prassi applicativa, che si caratterizzava invece per un approccio eccessivamente deferente nei confronti delle valutazioni economiche complesse e dell’importo delle sanzioni irrogate. Tuttavia, proprio il dibattito innescato da *Menarini* – e, a livello UE, da *KME* – ha consentito alla giurisprudenza di muovere – anche in tali aree – significativi passi in avanti.

²⁵⁷ Id., § 46

²⁵⁸ Id., § 50

²⁵⁹ Cfr. Corte di Giustizia, C-272/09 P, *KME Germany e a. c Commissione*, 8 dicembre 2011, § 106.

2.3.1 *Il sindacato della Corte di Giustizia sulle valutazioni economiche complesse*

Per quanto concerne le valutazioni economiche complesse, si è andato consolidando l'indirizzo giurisprudenziale – già espresso da *Tetra Laval*²⁶⁰ – secondo cui le stesse sarebbero sottoposte ad un controllo giurisdizionale che non mira solo a verificarne l'attendibilità, ma anche a valutarne la condivisibilità, con la conseguenza che il giudice – ove ritenga “*l'insieme dei dati rilevanti*” non idoneo a fondare le conclusioni della Commissione – dovrà discostarsene²⁶¹.

In particolare, nella sentenza *Groupement des Cartes Bancaires* (GCB), la Corte di Giustizia ha ribadito che “*se è vero che la Commissione dispone [...] di un margine discrezionale in materia economica, segnatamente in ambito di valutazioni economiche complesse, ciò non comporta che [...] il Tribunale debba astenersi dal controllo della qualificazione giuridica di dati di natura economica operata dalla Commissione*”. Approfondendo tale concetto, la Corte chiarisce che “*il giudice dell'Unione deve, in particolare, non soltanto verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati, la loro affidabilità e la loro coerenza, ma anche controllare se tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per la valutazione di una situazione complessa e se essi sono idonei a corroborare le conclusioni che ne sono tratte*”²⁶².

²⁶⁰ Sul punto, M. BOTTA e A. SVETLICINII, *The Standard of Judicial Review in EU Competition Law Enforcement and Its Compatibility with the Right to a Fair Trial Under the EU Charter of Fundamental Rights*, in AA.VV., *Protecting Human Rights in the EU*, Springer, Heidelberg (2014), pp. 124-125 osservano che l'applicazione della formula *Tetra Laval* al di fuori dell'ambito delle concentrazioni non consente di soddisfare i requisiti di “*full jurisdiction*” richiesta dalla CEDU.

²⁶¹ Sul punto cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, p. 98.

²⁶² Cfr. Corte di Giustizia, causa C-67/13, *Groupement des cartes bancaires c. Commissione*, 11 settembre 2014, § 46.

Tale *standard* di sindacato – frutto di una lettura più estensiva delle competenze attribuite di Trattati alla Corte – rappresenta, ad oggi, quello generalmente impiegato dalla Corte di Giustizia nel riesame delle decisioni della Commissione²⁶³, in grado di assicurare ai ricorrenti un sindacato che, pur non essendo pieno, è senza dubbio molto più intenso che in passato²⁶⁴.

In tale contesto, deve tuttavia darsi conto del fatto che proprio di recente la *Grand Chambre* della Corte di Giustizia nel caso *Intel*²⁶⁵ ha – quantomeno nelle intenzioni – prospettato la necessità di esercitare un sindacato ancor più penetrante sulle valutazioni economiche complesse. Con tale pronuncia, infatti, i giudici di Lussemburgo hanno annullato (con rinvio) la sentenza con cui il Tribunale aveva confermato la decisione della Commissione europea di sanzionare il noto produttore di microprocessori per abuso di posizione dominante. In particolare, ad avviso dei giudici, il Tribunale – nel confermare la natura escludente degli sconti fidelizzanti praticati da Intel – avrebbe erroneamente omesso di “*esaminare se la Commissione avesse effettuato il test AEC secondo le regole applicabili e senza commettere errori, e [...] se i calcoli alternativi proposti dalla*

²⁶³ Cfr. *ex multis* Tribunale UE, causa T-712/16, *Deutsche Lufthansa c Commissione*, 16 maggio 2018, § 39; causa T-76/14, *Morningstar c Commissione*, 15 settembre 2016, § 42; causa T-472/13, *Lundbeck c Commissione*, 8 settembre 2016 § 113. Uno standard di sindacato più deferente è stato invece espresso dal Tribunale UE nella causa T-2018/13, *Portugal Telecom SGPS c Commissione*, 28 giugno 2016 § 106, in cui si afferma che “*il sindacato giurisdizionale di tale valutazione si limita alla verifica del rispetto delle regole di procedura, del carattere sufficiente della motivazione e dell’esattezza sostanziale dei fatti, della mancanza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere*”.

²⁶⁴ Cfr. C. I. NAGY, *EU competition law's fair trial revolution: much ado about nothing?*, (37) ECLR, 2016, p. 232 osserva come le valutazioni economiche complesse sfuggano dalle maglie del sindacato giurisdizionale: ciò rappresenta un problema non tanto per i cartelli, quanto per altre fattispecie (abuso di posizione dominante, pratiche concordate) in cui evidentemente le stesse giocano un ruolo maggiore. Il medesimo A. (p.238) riconosce tuttavia la difficoltà di attribuire alle Corti un sindacato sostitutivo su tali apprezzamenti complessi dal momento che – a meno di non istituire una Corte specializzata – l’alternativa sarebbe o quella di demandare simili valutazioni ad un esperto nominato dal tribunale oppure di avallare sempre e comunque la valutazione della Commissione.

²⁶⁵ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-413/14 P, *Intel/ Commissione*, 6 settembre 2017.

ricorrente fossero stati effettuati correttamente”²⁶⁶. In base alle indicazioni della Corte, il Tribunale sarà, pertanto, tenuto a riesaminare l’analisi economica svolta dalla Commissione, e dunque ad esercitare il proprio sindacato su (quantomeno alcune delle) valutazioni economiche complesse presenti nel Provvedimento²⁶⁷. Tuttavia, se le conclusioni raggiunte in Intel sembrano rappresentare – allo stato – un’eccezione rispetto alla prassi giurisprudenziale in materia di sindacato giurisdizionale sulle valutazioni economiche complesse²⁶⁸, occorre precisare che – per valutarne l’eventuale portata innovativa – occorrerà attendere necessariamente il giudizio del Tribunale, e verificare in che misura quest’ultimo eserciterà il proprio sindacato sulle valutazioni economiche compiute dalla Commissione.

Fermi restando tali sviluppi giurisprudenziali, la circostanza ineludibile che il sindacato giurisdizionale esercitato sulle decisioni della Commissione (ad eccezione della componente sanzionatoria) sia un sindacato di legittimità rende difficile ipotizzare che la Corte possa modificare la propria prassi sino a compiere un riesame di merito di tutte le valutazioni compiute dalla Commissione (ivi incluse quelle economiche complesse). Come, infatti, ribadito nel caso Impala, non spetta “*al Tribunale sostituire la sua valutazione economica a quella della Commissione*”²⁶⁹ e, pertanto, – ad

²⁶⁶ Id., § 145.

²⁶⁷ Cfr. Tribunale UE, causa T-286/09 RENV, *Intel Corporation c Commissione*, attualmente pendente.

²⁶⁸ Al riguardo, J. L. DA CRUZ VILACA, *The intensity of judicial review in complex economic matters — recent competition law judgments of the Court of Justice of the EU*, Journal of Antitrust Enforcement 2018, p. 14 considera la pronuncia della Corte come “*nothing more than the correct apportionment of the burden of proof between the Commission and the defendant*”: infatti, ciò che è contestato al Tribunale è in ultima analisi di non aver verificato la correttezza della tesi di Intel e di aver ritenuto a priori corretta quella della Commissione.

²⁶⁹ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-413/06, *Impala c Commissione*, 10 luglio 2008, § 145. Sul punto cfr. anche Corte di Giustizia, causa C-510/11 P, *Kone c Commissione*, 24 ottobre 2013, § 26, secondo cui “*l’analisi dei motivi sollevati nell’ambito di un ricorso non ha né per oggetto né per effetto di sostituire un’istruzione completa della causa nell’ambito di un procedimento amministrativo*”

avviso di chi scrive – è altamente probabile che, nel decidere sul caso *Intel*, il Tribunale eserciti il proprio sindacato nel rispetto dei limiti fissati dalla giurisprudenza GCB.

2.3.2 Il sindacato della Corte di giustizia sulle sanzioni

La Corte sembra, inoltre, aver acquisito maggiore consapevolezza dell' incisiva portata del proprio sindacato esteso al merito in materia sanzionatoria²⁷⁰, giungendo a modificare l'importo dell'ammenda irrogata dalla Commissione anche nei casi in cui la stessa risultava conforme alle Linee guida sanzionatorie²⁷¹.

Di ciò è certamente espressione il caso *Schindler*, in cui la Corte di Giustizia – censurando sul punto l'operato del Tribunale – ha osservato come *“il giudice dell'Unione, quando esercita il controllo della legittimità di una decisione che infligge ammende per violazione delle norme di concorrenza, non può far leva sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione – né per quanto riguarda la scelta degli elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri [di calcolo delle sanzioni] né per quanto riguarda*

²⁷⁰ E' questa l'opinione anche di M. SIRAGUSA e C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo “stato dell'arte” dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, (2) Giur. Comm., 2013.

²⁷¹ La circostanza che il sindacato del giudice sulla sanzione si risolvesse nella maggior parte dei casi in un mero controllo del rispetto dei criteri enunciati nelle Linee Guida sanzionatorie era stato criticato in Corte di Giustizia, causa C-295/12 P, *Telefónica c Commissione*, Conclusioni dell'AG Wathelet, 26 settembre 2013, § 123: *“come è stato molto giustamente rilevato dall'avvocato generale Mengozzi «le condizioni in cui i giudici [dell'Unione] possono esercitare una competenza giurisdizionale anche di merito non possono essere definite da orientamenti della Commissione che costituiscono un atto di organizzazione interna di tale istituzione» e che costituiscono soltanto una «soft law», mentre, come scrive l'avvocato generale Bot, in realtà, il Tribunale «si limita troppo spesso ad esaminare se la Commissione abbia correttamente applicato la metodologia che essa [stessa] ha fissato nei suoi orientamenti [mentre] la fissazione dell'importo dell'ammenda non implica normalmente valutazioni economiche complesse che dovrebbero essere riservate alla Commissione e soggette ad un sindacato giurisdizionale ristretto»”*.

*la valutazione di tali elementi – al fine di rinunciare ad esercitare un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto*²⁷².

Il sindacato pieno del giudice sulla sanzione è poi stato ribadito nelle pronunce *Arkema*²⁷³, *Bavaria*²⁷⁴ e *Romana Tabacchi*²⁷⁵ in cui il Tribunale – pur in assenza di vizi procedurali nella quantificazione della sanzione – ha proceduto alla rideterminazione dell’ammenda, individuando (in *Romana Tabacchi*) quella che viene definita la “*giusta sanzione del comportamento contestato alla ricorrente*”, in grado cioè “*di reprimere efficacemente il comportamento illecito della ricorrente, in modo non trascurabile e che resta sufficientemente dissuasivo*”, e rispetto alla quale qualsiasi altra ammenda “*sarebbe [stata] sproporzionata rispetto all’infrazione contestata alla ricorrente valutata nel suo insieme*”²⁷⁶.

Con tali pronunce, la Corte sembra essersi finalmente affrancata dai vincoli che la stessa si era auto-imposta nel passato e che le impedivano di esercitare un sindacato pieno ed effettivo così come richiesto dai Trattati (e dalla stessa CEDU). Non può tuttavia tacersi come tale prassi decisionale non sia univoca, essendovi ancora casi in cui la Corte ha ritenuto di operare un *self-restraint* rispetto alla quantificazione della sanzione operata dalla Commissione.

Si pensi ad esempio al caso *Telefonica*, in cui la Corte – respingendo l’impugnazione proposta avverso la pronuncia del Tribunale – ha confermato l’importo della sanzione irrogata dalla Commissione, nonostante le sollecitazioni dell’AG Wathelet a riformare l’importo dell’ammenda a suo

²⁷² Cfr. Corte di Giustizia, causa C-501/11 P, *Schindler c Commissione*, 18 luglio 2013, § 155.

²⁷³ Cfr. Tribunale UE, causa T-217/06, *Arkema France e.a. c Commissione*, 7 giugno 2011.

²⁷⁴ Cfr. Tribunale UE, causa T-235/07, *Bavaria c Commissione*, 16 giugno 2011.

²⁷⁵ Cfr. Tribunale UE, causa T-11/06, *Romana Tabacchi c Commissione*, 5 ottobre 2011.

²⁷⁶ *Id.* §§ 281-285.

avviso contraria al principio di proporzionalità²⁷⁷. Nel compiere una simile scelta, la Corte sembra non aver affatto tenuto conto del criterio di “giustizia sostanziale” che aveva guidato i giudici nei precedenti esaminati, e che era stato invocato anche dall’AG nelle proprie Conclusioni: la Corte, difatti, si è limitata ad osservare come il Tribunale avesse “*esercitato le competenze previste agli articoli 261 TFUE e 263 TFUE in modo conforme ai requisiti di un controllo esteso al merito*”, in quanto “*ha motivato la maggiorazione dell’importo di partenza dell’ammenda e ha constatato che essa si basava sufficientemente sui dati contenuti nella decisione controversa in merito alla forza economica delle ricorrenti*”²⁷⁸.

La vicenda *Telefonica* mostra, pertanto, come – anche a seguito della sentenza *Menarini*, e nonostante alcune significative aperture mostrate in precedenti coevi (specialmente da parte del Tribunale) – la Corte non abbia rinunciato del tutto ad applicare uno *standard* di sindacato estrinseco e deferente. Ciononostante, la maggiore consapevolezza mostrata quantomeno da una parte dei giudici in merito alla possibilità di esercitare un sindacato pieno sulle sanzioni lascia presagire – nel medio periodo – una modifica della corrente prassi decisionale, con un conseguente maggiore scrutinio sulle ammende irrogate dalla Commissione.

Un esito che è stato già auspicato dall’AG Bot nella sentenza *E.ON.*, laddove ha invitato la Corte ad agire “*come un giudice d’appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria ex novo, come richiesto dall’art. 6 CEDU*” e ad esercitare sulla sanzione un sindacato che vada anche “*al di là dei soli punti di diritto o di fatto contestati dall’impresa interessata*”²⁷⁹. D’altronde,

²⁷⁷ Corte di Giustizia, causa C-295/12 P, *Telefónica c Commissione*, Conclusioni dell’AG Wathelet, cit., §§ 109-118

²⁷⁸ Corte di Giustizia, causa C-295/12 P, *Telefónica c Commissione*, 10 luglio 2014, § 214.

²⁷⁹ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-89/11 P, *E.ON Energie AG c Commissione*, Conclusioni dell’AG Bot, 21 giugno 2012, §§ 115 e 118.

la discrezionalità di cui dispone la Commissione concerne la determinazione della politica sanzionatoria da perseguire, e non certo la singola ammenda irrogata²⁸⁰, che – in linea con quanto stabilito dai Trattati e dal Regolamento 1/2003 – può e deve invece essere sottoposta ad uno scrutinio pieno ed approfondito.

2.4 Quali indicazioni trarre dalla giurisprudenza della Corte?

Volendo tirare le fila di quanto illustrato, è possibile constatare come anche il sindacato esercitato dalla Corte di Giustizia – al pari di quello dei giudici amministrativi - sia di mera legittimità (fatta eccezione per quanto attiene alla quantificazione delle sanzioni), e come nel tempo i giudici di Lussemburgo – in linea con quanto accaduto a livello nazionale – abbiano intensificato lo *standard* di sindacato esercitato sui provvedimenti della Commissione, rendendo in tal modo maggiormente effettiva la tutela giurisdizionale garantita ai ricorrenti.

Ciò ha portato a risultati – in termini di tutela per le imprese – che appaiono addirittura più soddisfacenti rispetto a quelli registrati a livello nazionale, in cui la deferenza nei confronti dell'AGCM – specie per quanto attiene alle valutazioni economiche complesse compiute da quest'ultima - appare essere maggiore. Resta naturalmente ferma, anche a livello europeo, l'impossibilità per il giudice di compiere un vero e proprio riesame sulle valutazioni di merito compiute dalla Commissione.

²⁸⁰ Come correttamente osservato da R. NAZZINI, *Judicial review after KME: an even stronger case for the reform that will never be*, (40) E.L. Rev. 2015, p. 502 in materia sanzionatoria la Commissione resta titolare della “discrezionalità generale”, ossia di determinare autonomamente la politica sanzionatoria, senza che la Corte possa sindacare tale scelta; tuttavia, la Commissione non dispone di alcuna “discrezionalità individuale” in virtù della quale sottrarre la sanzione comminata al sindacato del giudice.

Da questo punto di vista, la sentenza *Intel* sembra offrire spunti di riflessione particolarmente interessanti, in quanto sembra ammettere, anche nell'ambito di un giudizio di legittimità, la possibilità per i giudici di esaminare la correttezza delle analisi economiche compiute dall'autorità di concorrenza e che fino ad ora sono state invece sottratte ad un controllo giurisdizionale effettivo. Una soluzione che – ove fosse confermata – consentirebbe di rafforzare ulteriormente il livello di tutela per le imprese.

Conclusioni: un livello di tutela sempre maggiore per le imprese seppur con alcuni limiti “intrinseci”

L'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale delle Corti italiane e dell'Unione europea in materia di sindacato giurisdizionale sui provvedimenti *antitrust* ha mostrato come – nonostante la scelta legislativa di assoggettare tali provvedimenti ad un sindacato di mera legittimità – nel corso degli anni siano stati fatti notevoli passi avanti per assicurare un maggiore e più stringente controllo sull'operato delle autorità di concorrenza nazionale ed europea.

Ferma tale positiva evoluzione, l'impossibilità di esercitare un sindacato sostitutivo sulle valutazioni tecniche ed economiche dell'AGCM da parte del giudice (specie ove interpretata estensivamente) potrebbe comportare una limitazione dei diritti di difesa del ricorrente, che sarà privato della possibilità di ricevere da parte di un soggetto “terzo” una valutazione sul merito delle scelte compiute dall'amministrazione. D'altro canto, è pure evidente che un sindacato “sostitutivo” – benché auspicato da parte della dottrina²⁸¹ – sarebbe incompatibile con l'attuale sindacato di legittimità

²⁸¹ Cfr. D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, European Competition Journal (5) 2009, p. 140 secondo cui “alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, è evidente che il sindacato giurisdizionale nei procedimenti antitrust non possa essere limitato alle questioni di diritto e alla determinazione del livello appropriato delle ammende,

disegnato tanto dai Trattati UE che dal C.p.a., che, per quanto possa essere interpretato estensivamente, non potrà mai consentire il riesame nel merito delle valutazioni compiute dalle autorità *antitrust* (Commissione e AGCM)²⁸², a meno di un'esplicita modifica legislativa in tal senso²⁸³.

ma deve anche estendersi ad una rivalutazione dei fatti e delle valutazioni della Commissione. Il Tribunale non può limitare la sua analisi all'errore manifesto di valutazione o allo sviamento di potere, ma deve in ogni caso rivalutare integralmente i fatti e le scelte delle metodologie legali ed economiche per la valutazione di tali dati. La giurisdizione piena che la Corte deve esercitare non può limitarsi a modificare l'importo della sanzione inflitta alle società, ma deve estendersi alla valutazione dell'illecito da cui origina la sanzione". Come affermato da F. CASTILLO DE LA TORRE, *Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases*, *World Competition*, (4) 2009, pp. 571 e 577 il dibattito sulla compatibilità del sistema di tutela giurisdizionale europeo con i diritti fondamentali rappresenterebbe "principalmente un invito implicito ai giudici di adottare uno standard di sindacato maggiormente penetrante, *conditio sine qua non*, per i sostenitori di tale tesi di rendere il sistema compatibile con i diritti fondamentali"; tuttavia, il medesimo A. riconosce come tali critiche "non sembrano trovare il loro fondamento nella giurisprudenza della Corte EDU. Naturalmente, ciò non significa che il sistema sia perfetto e non debba essere migliorato". Sul punto, cfr. D. GERARD, *EU Antitrust Enforcement in 2025: 'Why Wait? Full Appellate Jurisdiction, Now'*, *CPI Antitrust Journal*, (1) 2010, p. 9. Al riguardo, l'A. osserva come un sindacato pieno sui provvedimenti delle autorità di concorrenza sia presente in Belgio, Francia e Germania e – con qualche sfumatura – in Olanda, Lussemburgo, Danimarca, Ungheria e Lettonia. In termini, cfr. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Due process in EU antitrust proceedings – Comments on the European Commission's draft Best Practices in Antitrust Proceedings and the Hearing Officers' Guidance Paper*, 8 March 2010 http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/icc_en.pdf § 2.4.5 secondo cui "it is necessary for the GC to expand the scope of its judicial review and conduct a full review of all factual and legal matters – including a full judicial review of issues that are complex".

²⁸² Tali considerazioni sono condivise da R. NAZZINI, *Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-functional Perspective*, in *CMLR* (3) 2012, p. 1000 secondo cui "it would be illogical to empower the Union courts to review in full all aspects of a Commission decision without limitations, but to forbid them from adopting a judgment substituting the decision. This would simply result in a duplication of effort and waste of resources. If, when exercising the review of legality, the Union courts cannot adopt the decision that the Commission itself is empowered to adopt, this must be because the Commission has a reserved sphere of decision-making which the drafters of the Treaty decided should ultimately rest with the Commission and not with the Union courts". In termini, cfr. altresì S. GRASSANI, *Jurisdictional vs. "Juris...Fictional" Review in the Land of Menarini*, 19t St.Gallen International Competition Law Forum ICF, giugno 2012, disponibile al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=2190929>, pp. 3-5.

²⁸³ Una circostanza che è stata peraltro evidenziata nel corso di audizione alla Camera dei Lord anche dall'ex presidente del Tribunale UE, Bo Vesterdorf. Egli ha in particolare osservato come siano i Trattati ad aver assegnato alla Corte un sindacato di mera legittimità, attribuendo alla Commissione – un'istituzione definita "*quasi-administrative political*" – il potere esclusivo di adottare le decisioni. Una modifica del mandato della Corte necessiterebbe pertanto di una revisione dei Trattati che – ad avviso del Giudice Vesterdorf

Peraltro – anche a voler ritenere superabile il dato formale – si è ben consci che da un punto di vista sostanziale un sindacato “sostitutivo” risulterebbe difficilmente esercitabile dalle Corti. Ciò implicherebbe per i giudici l’onere di riesaminare tutto il materiale probatorio raccolto in istruttoria (anche in contraddittorio con le parti) ed eventualmente di esaminare le nuove evidenze dedotte in giudizio. In altre parole, si richiederebbe al giudice di “rifare” il procedimento, agendo “*come un giudice d’appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria ex novo, come richiesto dall’art. 6 CEDU*”²⁸⁴. Si tratta, a ben vedere, di attività per le quali né la Corte di Giustizia né – a maggior ragione – i Tribunali amministrativi italiani sono attrezzati e che, pertanto, porterebbe ad un significativo allungamento dei tempi processuali, con ripercussioni negative sull’intera attività dell’organo giudicante. E ciò a tacere del fatto che il giudice – piuttosto che compiere di persona le valutazioni tecnico-economiche – potrebbe preferire affidarsi integralmente ad un CTU, con il rischio che il potere decisionale sia – *de facto* – trasferito in capo a quest’ultimo.

In definitiva, in un sistema come quello attuale – che non attribuisce al giudice un sindacato sostitutivo - l’esame sulle valutazioni tecniche ed economiche non sembra poter andare oltre la valutazione in merito alla correttezza materiale delle evidenze, della loro affidabilità e della loro

– difficilmente si sarebbe potuta realizzare. Cfr. HOUSE OF LORDS – European Union Committee, *15th Report of Session 2006-07: An EU Competition Court, Minutes of Evidence given before Subcommittee E by Judge Bo Vesterdorf*, disponibile al seguente link: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldecom/75/75.pdf>, pp. 98-99.

²⁸⁴ Cfr. le già citate Conclusioni dell’AG Bot nel caso C-89/11 P, *E.ON. Energie AG c Commissione*, 21 giugno 2012, § 118, che – se si ammettesse il sindacato sostitutivo sui Provvedimenti in materia di concorrenza – dovrebbero costituire lo *standard* di riferimento.

coerenza²⁸⁵: una circostanza che, come osservato da autorevole dottrina²⁸⁶, consente al giudice nella propria analisi di escludere quelle soluzioni che – alla luce delle evidenze raccolte – si dimostrano non plausibili, ma non anche di stabilire quale soluzione (tra quelle astrattamente plausibili) sia poi “sostanzialmente” corretta²⁸⁷.

Proprio in considerazione di ciò, appare opportuno verificare la possibilità di modificare l’attuale sistema, al fine di incrementare i diritti di difesa delle imprese in relazione valutazioni economiche complesse espresse dall’AGCM e che non sono oggetto di riesame nel merito da parte dei giudici amministrativi. A tal fine, nel successivo capitolo sarà prospettata una proposta di riforma del sistema italiano di *public enforcement* alla luce delle esperienze maturate negli altri ordinamenti.

²⁸⁵ Cfr. sul punto A. KALINTIRI, *What’s in a name? The marginal standard of review of “complex economic assessments” in EU competition enforcement*, CMLR (53) 2016, p. 1290, secondo cui “*complex economic assessments are said to function as a “neon sign” communicating that a hands-off scrutiny is to follow. Indeed, where complex economic evaluations come onto the scene, the threshold the Commission has to surpass automatically lowers*”

²⁸⁶ Cfr. R. NAZZINI, *Judicial review after KME: an even stronger case for the reform that will never be*, (40) ELRev., 2015, p. 499.

²⁸⁷ I. S. FORRESTER, *A Bush in Need of Pruning: The Luxuriant Growth of Light Judicial Review*, in C. EHLMANN e M. MARQUIS (ed.) *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Hart Publishing 2011, p. 407, secondo cui la Corte mostra ancora un approccio deferente nei confronti dell’operato della Commissione, facendo “*affidamento sulla expertise tecnica e economica della Commissione [nonostante] la stessa Corte [abbia] il potere di nominare consulenti tecnici*”, che le consentirebbero di svolgere un controllo effettivo sulle valutazioni della Commissione. Al riguardo, J. AZIZI, *The Limits of Judicial Review concerning Abuses of a Dominant Position: Principles and Specific Application to the Communications Technology Sector*, in AA.VV. *Today’s Multi-layered Legal Order: Current Issues and Perspectives, Liber amicorum in honour of Arjen W.H. MEIJ*, Paris Legal Publishers, Paris 2011 pp. 1-16 osserva come “*even though, in principle, the GC has far-reaching powers to supplement, by itself, the findings of fact made by the Commission or may even completely reassess the Commission’s findings of fact, for example, by using various measures of inquiry [...] actual use of such legal options remains highly theoretical and unrealistic*”.

Capitolo III – Alcune proposte *de iure condendo* per rafforzare i diritti di difesa delle parti

Premessa: l'opportunità di valutare alcuni correttivi all'attuale sistema di *antitrust enforcement*

L'analisi condotta nel precedente capitolo ha consentito di esaminare l'intensità del sindacato adottato dai giudici amministrativi sui provvedimenti dell'AGCM, mettendo in luce come – anche a prescindere dagli specifici casi in cui tale *standard* è stato applicato in maniera eccessivamente restrittiva – la circostanza che non sia ammesso un riesame nel merito delle valutazioni dell'AGCM potrebbe comunque limitare il diritto di difesa delle imprese.

Per tale ragione – ferme restando le conclusioni della sentenza Menarini in merito alla compatibilità dell'attuale sistema di *antitrust enforcement* con l'art. 6 CEDU e 47 CDFUE – appare comunque opportuno avanzare alcune proposte di riforma che possano rafforzare i diritti procedurali delle imprese sottoposte ad un procedimento *antitrust*. Sotto questo punto di vista, deve evidenziarsi che il Regolamento 1/2003 – che disciplina l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE da parte degli Stati membri – non fornisce alcuna indicazione sulla struttura che le autorità nazionali di concorrenza dovrebbero assumere²⁸⁸, rimettendo così proprio agli Stati membri l'individuazione del modello che sia maggiormente in grado di “*di garantire l'efficace applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE*”²⁸⁹.

²⁸⁸ Cfr. Regolamento (CE) n. 1/2003, art. 35, ai sensi del quale “*gli Stati membri designano l'autorità o le autorità garanti della concorrenza responsabili dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato in modo da garantire un'efficace conformità alle disposizioni del presente regolamento*”.

²⁸⁹ Come infatti chiarito dalla Corte di Giustizia, “*anche se l'art. 35, n. 1, del regolamento lascia all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro il compito di disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali proposti contro le decisioni delle autorità garanti della concorrenza così designate, tali modalità non devono pregiudicare la finalità di detto regolamento che è quella di garantire l'efficace applicazione degli artt. 101 TFUE*”.

Sarà pertanto possibile affidare l'*enforcement* antitrust tanto ad un'autorità dedicata (secondo il cd. modello monista) che alle corti giurisdizionali (secondo il cd. modello duale)²⁹⁰. Entrambe tali possibilità saranno esplorate nel presente capitolo, al fine di verificare quale modello possa essere il più adatto ad incrementare le garanzie per le imprese. In particolare – per le ragioni già esposte nell'Introduzione del presente lavoro – sarà dapprima esaminato il sistema di antitrust *enforcement* adottato a livello di Unione europea e, successivamente, saranno passati in rassegna il sistema adottato in Francia – espressione di un modello “monista” – e quello adottato in Austria, espressione, invece, di un modello “duale”.

Alla luce degli esiti dell'analisi, sarà poi possibile formulare alcune concrete proposte *de iure condendo* per una riforma dell'AGCM che rafforzi i diritti di difesa delle imprese soggette a procedimento *antitrust*.

1. Il procedimento antitrust innanzi alla Commissione europea: una tutela comunque incompleta

1.1 Il procedimento antitrust dell'Unione europea

A livello europeo, il procedimento *antitrust* è disciplinato dai Regolamenti CE 1/2003 e 773/04²⁹¹ e risulta articolato in tre distinte fasi: i) la fase preistruttoria; ii) la fase istruttoria e iii) la fase decisoria²⁹².

e 102 TFUE da parte delle autorità di cui trattasi”: cfr. Corte di Giustizia, causa C-439/08, *VEBIC*, 7 dicembre 2010, § 57.

²⁹⁰ Cfr. Reg. 1/2003, cit., art. 35 (1).

²⁹¹ Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, GU L 123, 27.4.2004, p. 18–24.

²⁹² Per una descrizione del procedimento si rimanda a M. TODINO, *Il procedimento antitrust dinanzi alla Commissione*, in L.F. PACE (ed.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli 2013, pp. 184-198.

Nella **fase preistruttoria**, i servizi della Commissione (*DG Competition*) – ricevuta notizia di condotte potenzialmente anticoncorrenziali²⁹³ – esercitano tutti i poteri di indagine necessari a verificarne la fondatezza. In particolare, essi possono effettuare indagini per settore economico e per tipo di accordi (art. 17, Reg. 1/2003), richiedere informazioni (art. 18, Reg. 1/2003)²⁹⁴, raccogliere dichiarazioni (art. 19, Reg. 1/2003), e compiere accertamenti ispettivi tanto nelle sedi delle imprese che presso i domicili privati del loro personale (artt. 20 e 21, Reg. 1/2003).

La correttezza procedurale di tali attività – compiute formalmente al di fuori dell'istruttoria – può, comunque, essere contestata dalle imprese sottoposte ad indagine innanzi al consigliere auditore (cd. *hearing officer*)²⁹⁵, un soggetto alle dipendenze del Commissario alla concorrenza²⁹⁶, incaricato di “*promuovere l’obiettività, la trasparenza e l’efficacia dei procedimenti*” in

²⁹³ In particolare, la Commissione può venire a conoscenza della *notitia criminis* autonomamente, a seguito della ricezione di una domanda di clemenza o di una denuncia da parte di soggetti terzi.

²⁹⁴ Al riguardo, la Corte di Giustizia ha evidenziato come la Commissione debba identificare “in maniera sufficientemente precisa” le possibili violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE e che debba “*ragionevolmente supporre, al momento della richiesta, che il documento le sarebbe utile nel determinare se la presunta violazione ha avuto luogo*”. Cfr. Corte di Giustizia, causa C36/92 P, *SEP c Commissione* – conclusioni dell’AG Jacobs, 15 dicembre 1993, §§ 21 e 30, espressamente richiamati dalla Corte di Giustizia nella propria pronuncia del 19 maggio 1994, § 21.

²⁹⁵ Tale figura, istituita nel 1981 su pressione delle imprese, degli avvocati e dell’accademia, fu inizialmente pensata unicamente per gestire le udienze. Solo nel corso degli anni seguenti sono state progressivamente attribuite al consigliere auditore alcuni poteri finalizzati a garantire i diritti procedurali delle parti.

²⁹⁶ Una tale soluzione è apparsa quella maggiormente in grado di garantirne l’indipendenza, tenuto conto che consente al consigliere-auditore di essere (anche da un punto di vista organizzativo) al di fuori della DG Concorrenza. Tuttavia, secondo alcuni autori, ciò non sarebbe comunque in grado di garantire una sufficiente indipendenza dalla Commissione: cfr. G. DI FEDERICO, *The role of the hearing Officer in antitrust cases. A critical assessment of the new mandate and practice after 2011*, in P. NIHOUL and T. SKOCZNY (eds.), *Procedural fairness in competition proceedings*, cit., p. 178 secondo cui il Consigliere auditore dovrebbe piuttosto dipendere dal servizio giuridico e prima di poter lavorare alle dipendenze della DG Competition dovrebbe trascorrere un ragionevole lasso di tempo.

materia di concorrenza, potendo a tal fine fare uso tanto di poteri decisori che di mera raccomandazione²⁹⁷.

La **fase istruttoria** del procedimento si apre con la notificazione alle parti del provvedimento di avvio²⁹⁸ da parte del Commissario alla concorrenza²⁹⁹. La normativa dell'Unione non stabilisce un termine entro il quale il procedimento debba essere avviato³⁰⁰ e nella prassi è invalso l'uso di adottare l'atto di avvio "*quando l'iniziale valutazione porta a concludere che il caso merita ulteriori indagini e [...] la portata dell'indagine è stata definita in modo adeguato*"³⁰¹. Poco dopo l'avvio, la Direzione generale concorrenza può organizzare una prima riunione con le parti sullo stato di avanzamento

²⁹⁷ Cfr. Decisione del presidente della Commissione europea 2011/695/UE del 13 ottobre 2011, relativa alla funzione e al mandato del consigliere-auditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza, GU L 275, 20.10.2011, p. 29–37, considerando 3. In particolare, in tale fase le parti possono rivolgersi al consigliere auditore qualora ritengano che: **i)** i documenti di cui la Commissione richiede l'ostensione siano coperti da segreto professionale; **ii)** le risposte da fornire alla richiesta di informazioni si risolvano in un'autoincriminatione; **iii)** il termine entro cui fornire una risposta a richiesta di informazioni sia incongruo, e necessiti di una proroga; **iv)** la Commissione non le abbia adeguatamente informata circa il loro status procedurale (i.e. se sono sottoposte a indagine). A seconda delle ipotesi, il consigliere auditore potrà raccomandare la propria soluzione alla Commissione (sub *i* e *ii*) oppure potrà decidere in prima persona sulle richieste avanzate dalle imprese indagate (sub *iii* e *iv*).

²⁹⁸ Inoltre, ai sensi dell'art. 11(6) del Regolamento 1/03 l'avvio del procedimento da parte della Commissione priva le Autorità nazionali di concorrenza della competenza ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE.

²⁹⁹ Ciò è possibile in virtù del trasferimento di poteri effettuato a suo favore dal Collegio dei Commissari: cfr. Decisione della Commissione PV(2004) 1655, SEC(2004) 520/2 come emendata dalla Decisione PV(2006) 1763, SEC(2006) 1368, art.1. Sul punto, cfr. anche DG Competition, *Manual of procedure for the application of Articles 101 and 102 TFEU*, Marzo 2012, disponibile al seguente link: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf, cap. 10 §14.

³⁰⁰ Tuttavia, ai sensi dell'art. 2 del Regolamento 773/04 la Commissione non può comunque avviare l'istruttoria oltre la data in cui: i) ha espresso una valutazione preliminare sugli impegni proposti dalle imprese coinvolte; ii) ha emesso la comunicazione degli addebiti; iii) ha richiesto alle parti di manifestare il proprio interesse ad avviare discussioni in vista della transazione; iv) la pubblicazione di una comunicazione in cui la Commissione rende nota la sua intenzione di adottare una decisione con impegni ed invita eventuali terzi interessati a presentare osservazioni.

³⁰¹ Cfr. Commissione europea, *Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE*, 2011/C 308/06, GU C 308, 20.10.2011, p. 6–32 ("*best practices in materia di procedimenti antitrust*") § 17.

della procedura, durante la quale le informa delle problematiche identificate sino a quel momento e propone un calendario orientativo del procedimento³⁰².

Se l'apertura del procedimento rappresenta un atto formale che consente di attribuire la qualifica di "parte" alle imprese coinvolte, è solo con la notifica della comunicazione degli addebiti che sorgono in capo alle stesse una serie di diritti tesi ad assicurare il pieno esercizio del diritto di difesa. La ricezione di tale atto – in cui, come suggerisce il nome, la direzione istruttoria responsabile del caso³⁰³ cristallizza gli addebiti mossi alle imprese – consente, infatti, alle parti di richiedere l'accesso al fascicolo istruttorio³⁰⁴, onde replicare per iscritto agli addebiti entro un tempo ragionevole indicato dalla Commissione³⁰⁵. Anche in relazione all'esercizio di tali diritti sarà possibile rivolgersi al consigliere auditore per ogni problematica di natura procedurale³⁰⁶.

³⁰² Cfr. Commissione europea, *best practices in materia di procedimenti antitrust* cit., § 63. Un'ulteriore riunione si tiene di regola in una fase sufficientemente avanzata dell'indagine, al fine di illustrare le osservazioni preliminari sullo stato di avanzamento del procedimento, elaborate dopo le prime indagini, e i problemi di concorrenza riscontrati.

³⁰³ La comunicazione degli addebiti è predisposta dall'unità responsabile del caso con il supporto (eventuale) del team del capo economista della DG *Competition* e necessita dell'approvazione dal Servizio Giuridico della Commissione. Dopo aver ricevuto eventuali osservazioni dalle DG della Commissione coinvolte nel caso, la comunicazione degli addebiti è adottata dal Commissario alla Concorrenza d'intesa con il Presidente della Commissione. Cfr. DG *Competition*, *Manual of procedure*, cit. cap. 11, §§23-28.

³⁰⁴ Cfr. art. 27(2) Reg. 1/2003 e art. 15 (1) Reg. 773/2004. È solo dalla data in cui è effettuato l'accesso agli atti che inizia a decorrere il termine entro cui rispondere alla comunicazione degli addebiti: cfr. DG *Competition*, *Manual of procedure*, cit. cap. 11, § 48. L'accesso agli atti è disciplinato dalla *Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, GU C 325 del 22.12.2005*, pagg. 7-15.

³⁰⁵ Cfr. art. 10 Reg. 773/2004.

³⁰⁶ Cfr. Decisione del presidente della Commissione europea 2011/695/UE, cit., artt. 7-9.

Con la comunicazione degli addebiti sorge altresì in capo alle parti il diritto ad essere sentiti³⁰⁷: in tale ipotesi l'audizione – tenuta a porte chiuse per ragioni di riservatezza³⁰⁸ – sarà organizzata e condotta dal consigliere auditore, che eventualmente potrà decidere di ammettere anche i terzi interessati su loro motivata richiesta³⁰⁹.

Oltre ai destinatari della comunicazione degli addebiti e agli eventuali terzi, all'audizione partecipano – in rappresentanza della Commissione – “*alti funzionari della Direzione generale della Concorrenza (direttore o vicedirettore generale) insieme con il gruppo di funzionari della Commissione responsabili dell'indagine*”³¹⁰; a questi possono aggiungersi anche funzionari provenienti dal team del Capo economista della *DG Competition*, dal servizio giuridico della Commissione, da altre DG coinvolte e dai *cabinet* dei diversi Commissari³¹¹.

Al termine dell'audizione, il consigliere auditore – dopo aver consultato il direttore competente – potrà assegnare tanto alle parti interessate che ai terzi un ulteriore termine per la produzione di osservazioni scritte, al fine di “*garantire il diritto di essere sentiti*”³¹². Scaduto detto termine (meramente eventuale), il consigliere auditore presenta al Commissario per la concorrenza una “*relazione intermedia*”, in cui – oltre a dar conto dell'andamento dell'audizione – esprime le proprie valutazioni sul rispetto

³⁰⁷ Qualora esse intendano avvalersi di tale facoltà, dovranno avanzare formale richiesta in sede di risposta alla comunicazione degli addebiti: cfr. art. 12 Reg. 773/04. Per un'illustrazione dettagliata sullo svolgimento dell'audizione si rinvia a W. WILS, *The Oral Hearing in Competition Proceedings before the European Commission*, 35 *World Competition* (2012) pp. 431-456.

³⁰⁸ Secondo le *best practices* della Commissione in materia di procedimenti antitrust (§ 107) “*il fatto che l'audizione non sia pubblica garantisce che tutti i partecipanti possano esprimersi liberamente*”.

³⁰⁹ Cfr. Decisione del presidente della Commissione europea 2011/695/UE, cit., artt. 5 e 6.

³¹⁰ Cfr. Commissione europea, *best practices* in materia di procedimenti antitrust cit., § 108.

³¹¹ Cfr. DG Competition, *Manual of procedure*, cit. cap. 13, §36.

³¹² Cfr. Decisione del presidente della Commissione europea 2011/695/UE, cit., art. 12(4).

dei diritti procedurali delle parti. Inoltre – con atto separato – egli potrà formulare osservazioni e raccomandazioni sul prosieguo del procedimento, al fine di garantire che tutti gli elementi di fatto pertinenti, favorevoli o sfavorevoli agli interessati, siano presi in considerazione nell’elaborazione dei progetti di decisione della Commissione³¹³.

Deve altresì segnalarsi che – ove il Direttore Generale per la concorrenza o il Commissario incaricato lo ritengano necessario – potrà essere istituito un comitato di “*peer review*”, composto da funzionari non coinvolti nel caso, al fine di rivedere le valutazioni compiute dal *team* responsabile del procedimento³¹⁴. Tale comitato potrà riesaminare il fascicolo e le conclusioni raggiunte con un “*fresh pair of eyes*”, formulando raccomandazioni indirizzate al Direttore Generale volte ad identificare gli elementi di criticità o comunque meritevoli di approfondimento.

Chiusa la fase istruttoria, ha inizio la **fase decisoria**. Gli uffici della *DG Competition* – gli stessi, cioè, che hanno redatto la comunicazione degli addebiti³¹⁵ – predispongono una bozza di decisione, sottoposta alla consultazione del Servizio giuridico e di tutte le DG della Commissione coinvolte nel caso³¹⁶ prima di essere trasmessa al comitato consultivo dei rappresentanti delle Autorità nazionali di concorrenza per sollecitare loro eventuali osservazioni³¹⁷. Il medesimo testo presentato al comitato consultivo

³¹³ Id., art. 14.

³¹⁴ Tale comitato può compiere le proprie valutazioni prima della comunicazione degli addebiti, successivamente alle repliche delle parti o in seguito all’audizione. Cfr. DG Competition, Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFEU: Key actors and checks and balances, disponibile al seguente link http://ec.europa.eu/competition/antitrust/key_actors_en.pdf.

³¹⁵ La circostanza è riportata da J. TEMPLE LANG, *Three possibilities for reform of the procedure of the European Commission in Competition cases under Regulation 1/2003*, Ceps special report, 2011, disponibile al seguente link: <https://www.ceps.eu/publications/three-possibilities-reform-procedure-european-commission-competition-cases-under>, p. 195.

³¹⁶ Cfr. DG Competition, *Manual of procedure*, cit. cap. 15, § 3.

³¹⁷ Ai sensi dell’art. 14(5) del Reg. 1/2003 “*la Commissione tiene in massima considerazione il parere del comitato consultivo [e] [...] lo informa del modo in cui ha tenuto conto del*

è trasmesso anche al consigliere-auditore, il quale è tenuto a predisporre una relazione finale scritta – comunicata per conoscenza anche alle parti³¹⁸ – in cui esprime la propria valutazione sul rispetto dei diritti procedurali nel corso del procedimento e sull’effettiva possibilità per le parti di pronunciarsi sugli addebiti mossi.

La bozza di decisione – integrata alla luce delle osservazioni dei soggetti coinvolti e correlata dal parere del Consigliere auditore³¹⁹ – è dunque trasmessa al *cabinet* del Commissario alla Concorrenza nonché al Segretariato generale della Commissione, che ne cura la trasmissione al Collegio dei Commissari e l’inserimento all’ordine del giorno della riunione del Collegio ai fini della sua adozione³²⁰.

Qualora il procedimento si chiuda con una decisione di accertamento dell’infrazione³²¹, la stessa ne dispone anche la cessazione (ove ancora in corso) e stabilisce l’irrogazione di un’ammenda di importo non superiore al 10% del fatturato totale realizzato durante l’esercizio sociale precedente³²².

parere”; in caso di modifiche sostanziali apportate per tenere conto del parere del comitato consultivo, la bozza è nuovamente trasmessa al servizio giuridico per osservazioni: cfr. DG Competition, *Manual of procedure*, cit. cap. 15, § 22.

³¹⁸ Inoltre, la relazione finale del Consigliere auditore è trasmessa al commissario competente, al direttore generale della Concorrenza, al direttore competente e gli altri servizi competenti della Commissione: cfr. Decisione del presidente della Commissione europea 2011/695/UE, cit., artt. 16 e 17(3).

³¹⁹ Cfr. Decisione del presidente della Commissione europea 2011/695/UE, cit., art. 17(1).

³²⁰ Cfr. DG Competition, *Manual of procedure*, cit. cap. 15, §§25-26.

³²¹ Alternativamente, ai sensi degli artt. 9 e 10 del Reg. 1/2003 la Commissione potrà adottare una decisione volta, rispettivamente, a rendere obbligatori gli impegni presentati dalle imprese o a riconoscere l’inapplicabilità dei divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE.

³²² Cfr. Reg. 1/2003, art. 23 e Commissione europea, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, GU C 210 del 1.9.2006, pagg. 2–5

1.2 Quale livello di tutela?

Da quanto illustrato, il sistema europeo di *antitrust enforcement* – accanto ad alcuni elementi di interesse, quali la figura del Consigliere auditore o il comitato di *peer review* (che, ove ritenuto opportuno, potrebbero eventualmente essere agevolmente traslati anche nel procedimento *antitrust* nazionale) – presenta notevoli carenze in tema di tutela dei diritti di difesa delle imprese³²³.

In primo luogo, infatti, non risulta affatto garantita un'effettiva imparzialità dell'organo giudicante³²⁴: sebbene formalmente la decisione finale sia adottata da un soggetto diverso (i.e. il Collegio dei Commissari) rispetto a chi ha condotto l'istruttoria (i.e. la DG Competition), nei fatti – come visto – gli atti della procedura sono tutti redatti dai medesimi soggetti, ossia il *team* della DG Competition responsabile del caso³²⁵. Spetta, difatti, a

³²³ Simili critiche sono state avanzate anche da A. MACGREGOR, B. GECIC, *Due Process in EU Competition Cases Following the Introduction of the New Best Practices Guidelines on Antitrust Proceedings*, 3 *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, pp. 425–438;

³²⁴ Una simile conclusione è peraltro condivisa dalla stessa Corte di Giustizia secondo cui la Commissione europea “non può [...] essere qualificata come ‘giudice’ ai sensi dell’art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell’uomo”: cfr. Corte di Giustizia, causa C-209/78, *Van Landewyck c Commissione*, 29 ottobre 1980, § 81. Peraltro, nell’XI Relazione annuale sulla concorrenza (§ 16), anche Commissione europea riconosce l’esistenza di “un sentimento di insoddisfazione dovuto al fatto che la Commissione eserciti poteri di investigazione, esame e decisione”. A fronte di tale oggettiva carenza del procedimento antitrust europeo, autorevole dottrina ha evidenziato come la stessa possa essere tuttavia colmata (almeno parzialmente) attraverso l’applicazione dei diritti fondamentali alle imprese: cfr. L. F. PACE, *The Parent-Subsidiary Relationship in EU Antitrust Law and the AEG Telefunken Presumption: Between the Effectiveness of Competition Law and the Protection of Fundamental Rights*, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, (7) 2014, p. 207, secondo cui “the protection of fundamental rights in the application of European antitrust rules is a new legal tool to rectify (as much as possible) the EC’s ‘conflict of interests’ in the European antitrust enforcement system”.

³²⁵ Di diverso avviso è P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Effectiveness through fairness? ‘Due process’ as an institutional precondition for effective decentralized EU competition law enforcement*, in P. NIHOUL e T. SKOCZNY (eds.) *Procedural fairness in competition proceedings*, cit., p. 52. Secondo l’A. infatti la circostanza che il Collegio non intervenga in alcun modo nella procedura sarebbe garanzia di indipendenza e imparzialità. Deve tuttavia osservarsi che l’assenza totale di coinvolgimento del Collegio dei Commissari comporta che

questi ultimi il compito di predisporre tanto gli atti dell'accusa – i.e. la comunicazione degli addebiti – che la decisione finale, in una commistione di ruoli³²⁶ evidentemente incompatibile con quel principio di imparzialità che, quantomeno in via tendenziale, dovrebbe guidare la procedura³²⁷.

Tale conclusione non è smentita dalla circostanza che la decisione – prima di essere formalmente adottata dai Commissari – sia sottoposta alle osservazioni delle altre DG. In primo luogo, infatti, la presenza di economisti o giuristi in queste ultime è generalmente molto limitata, con la conseguenza che spesso i funzionari incaricati della revisione del caso non dispongono delle competenze necessarie per fornire il contributo richiesto; in ogni caso, poi, anche qualora un simile contributo venisse effettivamente fornito, non si potrebbe comunque essere ragionevolmente sicuri dell'imparzialità dello

gli stessi si limitano ad adottare una decisione che non è il frutto del loro convincimento, quanto piuttosto degli uffici precedenti.

³²⁶ In effetti, sino al 1983, la Commissione prevedeva una forma di separazione funzionale dal momento che – come riportato nel *XX Report on Competition Policy* (p. 258) – “*era abitudine della Commissione separare l'attività ispettiva dalla gestione del caso*”. E' tuttavia evidente come una separazione tra chi accertava i fatti e chi vi attribuiva la qualificazione giuridica fosse dannosa, giacché si tratta di funzioni che devono essere necessariamente cumulate: non sorprende, pertanto, che la Commissione abbia successivamente abbandonato tale soluzione.

³²⁷ Al riguardo, interessante è l'analisi condotta da W. WILS, *The combination of investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis*, 27 *World Competition* (2004), pp. 214-217: l'A., pur difendendo il sistema attuale, osserva come – in astratto – la sovrapposizione del ruolo di inquisitore e giudice potrebbe comportare tre problemi: i) la propensione alla conferma, per cui se i funzionari ritengono che vi sia una violazione antitrust (ed avviano un'istruttoria) saranno più propensi a cercare prove a supporto di tale tesi; ii) il desiderio di giustificare gli sforzi compiuti, per cui difficilmente dopo la comunicazione degli addebiti la Commissione sarà disposta a mettere in discussione la tesi propugnata; iii) il desiderio di mostrare un livello di *enforcement* elevato sia in termini di accertamento delle infrazioni che di sanzioni irrogate. Secondo J. S. VENIT, *Human All Too Human: The Gathering and Assessment of Evidence and the Appropriate Standard of Proof and Judicial Review in Commission Enforcement Proceedings Applying Articles 81 and 82*, in C. EHLERMANN e M. MARQUIS (ed.) *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Hart Publishing 2011, p. 191 è proprio “*il doppio ruolo di accusa e giudice svolto dalla Commissione, unito alla natura asimmetrica e inquisitoria del procedimento*” a rendere necessaria l'adozione di “*uno standard di sindacato che esamini col necessario rigore i fatti e le valutazioni compiute ed assicuri che la decisione sia supportata dalle necessarie evidenze*”.

stesso. È infatti ben frequente nella prassi che i funzionari delle varie DG siano influenzati dalle denunce ricevute da terzi o dalle osservazioni spontanee presentate da una o più parti, che pervengono direttamente a loro senza essere incluse negli atti del procedimento³²⁸.

In secondo luogo, il modello europeo non prevede neanche un'udienza pubblica innanzi all'organo incaricato di decidere la controversia³²⁹: come visto, infatti, l'audizione si svolge a porte chiuse ed è condotta dal consigliere auditore, mentre i Commissari – che sono coloro che quantomeno formalmente adottano la decisione – non sono affatto presenti. Le uniche informazioni di cui questi (o il personale nei loro *cabinet*) potranno disporre ai fini della decisione deriveranno pertanto dalla relazione intermedia stilata dal Consigliere auditore o da quanto riferito loro dai funzionari delle DG eventualmente presenti. In altre parole, ai fini della decisione i Commissari potranno disporre unicamente di informazioni “di seconda mano”: una circostanza che vanifica lo scopo stesso per cui è stato previsto il diritto all'udienza, ossia consentire all'organo giudicante di farsi persuadere dalla ricostruzione delle parti.

Infine, deve altresì riscontrarsi una limitata accessibilità alla documentazione su cui si fonda la decisione, in quanto molte delle osservazioni presentate dai vari servizi coinvolti nel caso non sono rese accessibili alle parti che, quindi, non potranno utilizzarle in giudizio nell'ambito di una eventuale azione volta all'annullamento della decisione

³²⁸ Sul punto, cfr. J. TEMPLE LANG, *Three possibilities for reform of the procedure of the European Commission in Competition cases under Regulation 1/2003*, Ceps special report, 2011, disponibile al seguente link: <https://www.ceps.eu/publications/three-possibilities-reform-procedure-european-commission-competition-cases-under>, pp. 198-199.

³²⁹ Sul punto, cfr. altresì D. SLATER, S. THOMAS & D. WAELBROECK, *Competition Law Proceedings Before the European Commission and the Right to a Fair Trial: No Need for Reform?*, *European Competition Journal* (5) 2009 pp. 132-136. La medesima problematica è evidenziata anche da I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, 34 *E.L.Rev.*, 2009 pp. 833-836.

sfavorevole della Commissione. In particolare, non risultano accessibili: i) le osservazioni formulate dal comitato di *peer review*, laddove presente; ii) le valutazioni compiute dal team degli economisti di DG Competition; iii) le valutazioni delle altre DG coinvolte; iv) le considerazioni (non solo giuridiche, ma anche di policy o lobbying) sulla cui base alcuni Commissari propongono modifiche alla bozza di decisione, a meno che queste non emergano in maniera palese dal testo definitivo della decisione stessa.

Alla luce delle carenze riscontrate – per certi versi, anche maggiori rispetto a quelle presenti nel procedimento nazionale - deve concludersi che il procedimento *antitrust* dell'Unione europea non sia grado di rappresentare un modello cui ispirarsi per una riforma del sistema nazionale di *antitrust enforcement*. Ciò naturalmente non esclude la possibilità che alcuni istituti previsti nel procedimento innanzi alla Commissione - e che appaiono rafforzare i diritti procedurali delle parti (quali la figura del Consigliere auditore e il comitato di *peer review*) - possano comunque essere tenuti in considerazione nell'ambito di una possibile riforma dell'AGCM.

2. Quali soluzioni possibili? Il modello “monista” e “duale” a confronto

2.1 Premessa

Esclusa la possibilità di riformare l'AGCM ispirandosi al sistema di *antitrust enforcement* dell'Unione europea, occorre esaminare ulteriori modelli in grado di offrire un procedimento che incrementi le tutele per le parti. Volgendo lo sguardo agli altri Paesi europei, emerge come l'applicazione delle regole di concorrenza sia assicurata attraverso due modelli differenti: quello “duale” e quello “monista”.

Nei sistemi “duali” l'autorità di concorrenza dispone unicamente di poteri istruttori, mentre la decisione è rimessa ad una corte giurisdizionale. Un tale sistema, pertanto, assicura un processo decisionale più trasparente,

coniugato peraltro alle garanzie tipiche dei processi innanzi alle Corti giurisdizionali.

Nei sistemi “monisti” – in cui rientrano anche l’AGCM e la Commissione – l’autorità di concorrenza è invece responsabile tanto della conduzione dell’istruttoria che della decisione del caso. Tuttavia, all’interno dei sistemi monisti ve ne sono alcuni (è in particolare il caso di quello francese) che presentano un grado di separazione funzionale tra la direzione istruttoria e il collegio giudicante maggiore rispetto a quanto osservato con riferimento all’AGCM e alla Commissione europea. Tale modello di *enforcement* (cd. “forte”) garantisce una revisione approfondita dell’istruttoria da parte di nuovi soggetti (i.e. il collegio giudicante) senza, tuttavia, giungere alla separazione netta delle funzioni come nel modello duale.

Al fine di esaminare l’effettivo funzionamento di tali modelli, saranno descritti e commentati di seguito tanto il modello francese, espressione di un sistema monista (forte) che quello austriaco, espressione di un sistema duale.

2.2 Un sistema “monista” forte: il modello francese

Un primo modello che può offrire interessanti spunti di riflessione nell’ottica di una riforma dell’AGCM è rappresentato – a mio avviso – dalla *Autorité de la Concurrence* francese (“ADC”)³³⁰.

³³⁰ Sull’ADC e le sue funzioni si vedano: B. LASSERRE, *The New French Competition Authority: mission, priorities and strategies for the coming five years*, disponibile al seguente link:

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention_bl_autorite_trustubusters_09.pdf;
B. Lasserre, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : Un point de vue d'autorité (I)*, 3 *Concurrences* (2010), pp. 35-46; B. LASSERRE, *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : Un point de vue d'autorité (II)*, 4 *Concurrences* (2010), pp. 56-68; J-L DEWOST, B. LASSERRE e R. SAINT-ESTEBAN, *L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux: quelle articulation?*, 35 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* (2012), pp. 187-219; OECD, *Roundtable on changes in institutional design of competition authorities – contribution by the french Autorité de la*

L'ADC è stata istituita dalla *Loi pour la Modernisation de l'Economie*³³¹ nel 2008, nell'ambito di una più vasta riforma finalizzata al rilancio della crescita economica del paese voluta dall'allora presidente francese Nicolas Sarkozy³³².

Rispetto al precedente *Conseil de la Concurrence* – che “condivideva” le competenze in materia di concorrenza con il Ministero dell'economia³³³ – la nuova ADC svolge in prima persona ogni fase del procedimento, pur prevedendo al proprio interno una rigida “separazione funzionale” tra la funzione istruttoria – esercitata dall'Ufficio istruttorio – e quella giudicante, esercitata invece dal Collegio.

Concurrence, DAF/COMP/WD(2014)104; E. LACHNIT, *Alternative enforcement of competition law*, Eleven International Publishing, 2016 pp. 40-48.

³³¹ L. 2008-776 del 4 agosto 2008. Si veda altresì l'Ordinanza n. 2008-1161 del 13 novembre 2008 che emenda il Codice di Commercio francese.

³³² Nei 40 anni precedenti, infatti, si era registrata una drastica diminuzione del tasso di crescita economica annuale, passato dal 5% all'1,7%. È proprio tale considerazione a spingere il Presidente della Repubblica francese a richiedere al socialista Jacques Attali, ex consigliere di Mitterrand, di formare e presiedere una commissione indipendente incaricata di stilare un rapporto in grado di fornire raccomandazioni e proposte per il rilancio della crescita economica del paese. La "Commissione per la liberazione della crescita" – composta da 42 membri – si è insediata all'Eliseo il 30 agosto 2007 ed ha terminato i propri lavori il 23 gennaio 2008, consegnando al Paese oltre 300 proposte per la crescita, ivi inclusa la riorganizzazione della politica di concorrenza (cap. 5). Il Rapporto Attali è disponibile al seguente link: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000041.pdf>.

³³³ In particolare, spettava al ministero dell'Economia il controllo delle concentrazioni, l'esame degli abusi connessi alle operazioni di concentrazione e la verifica dell'ottemperanza alle decisioni del Conseil. Sui vantaggi derivanti dall'accorpamento delle funzioni in seno all'ADC cfr. B. LASSERRE, *La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace*, disponibile al seguente link: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/du_conseil_a_l_autorite_jan09_bl_journal_societes.pdf, pp. 12-20.

La **fase istruttoria** è gestita interamente dal cd. *Rapporteur General*³³⁴, al vertice dell'Ufficio istruttorio (*Service d'Instruction*)³³⁵. Spetta, infatti, al *Rapporteur General*, anche a seguito di denunce presentate dalle imprese³³⁶, dare avvio al procedimento tramite la designazione del funzionario responsabile (*Rapporteur*), sovrintendere al corretto svolgimento dell'istruttoria, ed assicurare la qualità degli atti prodotti (Comunicazione delle risultanze istruttorie, Rapporto d'inchiesta ed altri atti)³³⁷. Inoltre – su richiesta del *Rapporteur* o della parte – il *Rapporteur General* può anche nominare un consulente tecnico, tenuto a svolgere le attività indicate nel mandato in contraddittorio con le parti e nel rispetto della tempistica assegnatagli³³⁸.

È il caso di osservare che nel corso della prima fase dell'istruttoria – più prettamente “investigativa” – non è riconosciuto un pieno diritto di difesa

³³⁴ Il *Rapporteur General* – al pari del *Rapporteur General* aggiunto – resta in carica per quattro anni (rinnovabili un'unica volta) ed è individuato tra i membri del Consiglio di Stato, i magistrati, i funzionari di categoria A o coloro che – possedendo un diploma che dia accesso ad un corpo di categoria A – abbiano maturato un'esperienza almeno quinquennale nel campo del diritto della concorrenza (cfr. Code du Commerce, art. R-461-3).

³³⁵ L'Ufficio istruttorio è suddiviso in cinque sezioni, cui si aggiunge un responsabile per le procedure di clemenza: i) Concorrenza (incaricato di svolgere le istruttorie e rendere i pareri); ii) Investigazioni (incaricato delle ispezioni e raccolta di informazioni); iii) Concentrazioni; iv) professioni regolamentate; v) servizio economico.

³³⁶ In alternativa, l'ADC può anche avviare procedimenti d'ufficio o a seguito di una domanda di clemenza.

³³⁷ Cfr. Code du Commerce, art. R 461-3.

³³⁸ Cfr. Code du Commerce, art. L-463-8 e R463-16. È il caso di evidenziare che lo svolgimento delle attività del consulente in contraddittorio con le parti non implica la necessità che le stesse siano presenti alla totalità delle operazioni, ma semplicemente che esse siano costantemente informate e messe nella posizione di potersi esprimere (cfr. Cons. Conc., Decisione 04-D-79).

alle parti coinvolte³³⁹, che, infatti, non possono accedere agli atti³⁴⁰ né hanno un diritto ad essere sentiti in audizione³⁴¹.

Diversamente, tali garanzie saranno riconosciute solo a seguito dell'invio – da parte dell'Ufficio istruttorio – della Comunicazione delle risultanze istruttorie, l'atto in cui sono sintetizzati gli addebiti mossi alle parti ed al quale è possibile replicare nel termine di due mesi, eventualmente prorogabile³⁴². Il medesimo termine è altresì concesso al Governo francese, che è parte “di diritto” in tutti i procedimenti *antitrust*. Ricevute le eventuali osservazioni, l'Ufficio generalmente predispone un Rapporto d'inchiesta – notificato alle parti, al Commissario di Governo e ai ministri interessati – rispetto al quale è possibile nuovamente replicare nel termine di ulteriori due mesi³⁴³.

Sempre a seguito della notifica delle risultanze istruttorie, le parti potranno contare sul *Conseiller Auditeur*³⁴⁴, incaricato di assicurare la

³³⁹ Tuttavia la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che tale prima fase – caratterizzata da una compressione del diritto al contraddittorio – non può avere una durata irragionevole o eccessiva, in quanto ciò si ripercuoterebbe negativamente sull'efficacia delle difese spiegate dalle parti nelle successive fasi del procedimento (cfr. Corte d'appello di Parigi, 10 novembre 2009).

³⁴⁰ Cfr. Corte d'Appello di Parigi, 26 gennaio 2012. Come ha specificato il Cons. Conc., il diritto di accedere agli atti del procedimento non sorge neanche qualora il *Rapporteur* volesse sentire in audizione le parti (cfr. Cons. Conc. 09-D-07 del 12 febbraio 2009)

³⁴¹ Cfr. ADC, Decisione 14-D-19 del 18 dicembre 2014, §§ 753-755

³⁴² Ai sensi dell'art. L463-2 in circostanze eccezionali il *Rapporteur General* può concedere alle parti una proroga di un mese del termine per la presentazione delle osservazioni. Tale decisione non è suscettibile di impugnazione.

³⁴³ È tuttavia il caso di osservare che la predisposizione del Rapporto (e di eventuali memorie di replica) non è elemento essenziale della procedura: ai sensi dell'art. L-463-3 il *Rapporteur General* può informare le parti – al momento dell'invio della Comunicazione delle risultanze istruttorie – della volontà di *bypassare* tale fase, sottoponendo il caso direttamente al Collegio.

³⁴⁴ Tale carica – ai sensi dell'art. L-461-4 del Code du Commerce – può essere ricoperta esclusivamente da un magistrato o da un soggetto che offra le medesime garanzie di indipendenza ed esperienza. La nomina è effettuata dal Ministro dell'economia, sentito il Collegio. Al 31 dicembre 2016, il *Conseiller Auditeur* è intervenuto in undici procedure

corretta applicazione delle regole di procedura. A tal fine, questi: **i)** riceve osservazioni scritte in merito a fatti – verificatisi tra la data di ricezione della comunicazione delle risultanze istruttorie e la ricezione della convocazione per l’audizione finale – che abbiano determinato il mancato rispetto dei propri diritti procedurali, unitamente ad eventuali repliche da parte del *Rapporteur General* o delle altre parti del procedimento³⁴⁵; **ii)** propone al *Rapporteur General* l’adozione di misure in grado di garantire alle parti il pieno rispetto dei propri diritti procedurali³⁴⁶; **iii)** trasmette al Presidente dell’ADC – e, per conoscenza, anche al *Rapporteur General* e alle altre parti – un Rapporto d’inchiesta sul rispetto dei diritti procedurali nel procedimento, in cui sono altresì illustrate le misure ritenute necessarie per rendere più effettivo l’esercizio dei diritti procedurali delle parti³⁴⁷.

Terminata la fase istruttoria, ha inizio la **fase decisoria** innanzi al Collegio dell’ADC. Esso è composto da un Presidente, quattro vicepresidenti e dodici membri non permanenti³⁴⁸ ed è articolato in otto differenti formazioni³⁴⁹. Spetta al Presidente assegnare i casi alle differenti formazioni

istruttorie, così come illustrato nella Relazione annuale 2016, disponibile al seguente link: http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ra2016_conseiller_auditeur.pdf

³⁴⁵ Cfr. Code du Commerce, artt. L-461-4 e R-461-9.

³⁴⁶ Cfr. Code du Commerce, art. R-461-9.

³⁴⁷ Cfr. Code du Commerce, artt. L-461-4 e R-461-9. Tale rapporto deve essere inoltrato al Presidente almeno dieci giorni lavorativi prima della seduta del Collegio incaricata di decidere del caso.

³⁴⁸ Ai sensi dell’art. L461-1 del Code du Commerce, il Presidente è nominato con decreto del Presidente della Repubblica. Tutti gli altri commissari, invece, sono nominati dal Ministro dell’economia e comprendono: i) sei giudici (o ex giudici) del Consiglio di Stato, della Corte di Cassazione, della Corte dei Conti o di altre giurisdizioni amministrative o ordinarie; ii) cinque personalità scelte in ragione delle loro competenze economiche o in materia di concorrenza e tutela del consumatore; iii) cinque personalità che lavorino o abbiano lavorato nei settori della produzione, distribuzione, artigianato, servizi e professioni liberali.

³⁴⁹ In particolare, ad oggi è possibile individuare una formazione “plenaria (composta da tutti e 17 i membri dell’ADC), una “permanente” (composta dal Presidente e da quattro vicepresidenti), due “allargate” (composte, rispettivamente, dal Presidente, quattro vicepresidenti e 6 membri non permanenti) e quattro “semplici” (presiedute da uno dei vice

del Collegio³⁵⁰ le quali – da quel momento – saranno responsabili non solo di valutare l'istruttoria condotta dall'Ufficio, ma anche di risolvere eventuali questioni procedurali portate alla loro attenzione dal *Conseiller Auditeur*.

Per quanto riguarda la definizione delle controversie procedurali, il Presidente esamina la documentazione inviata dal *Conseiller Auditeur* e – qualora lo ritenga opportuno – può invitarlo a partecipare all'udienza orale e ad esporre in quella sede il contenuto del proprio rapporto³⁵¹. Pertanto – sebbene il *Conseiller Auditeur* svolga un fondamentale ruolo di ausilio al corretto svolgimento della procedura – la risoluzione delle problematiche inerenti la stessa è rimessa esclusivamente al Collegio il quale – se ravvisa criticità – potrà adottare le misure ritenute più consone, come rinviare il caso all'Ufficio istruttorio, escludere un'impresa dall'istruttoria o disporre il non luogo a procedere totale o parziale³⁵².

Per quanto, invece, attiene alla risoluzione sostanziale della controversia, il Collegio esamina la stessa nel corso di un'udienza a porte chiuse, alla quale possono partecipare le parti ed il rappresentante del Governo. Nel corso di tale udienza, il Collegio potrà sentire le parti che ne facciano richiesta, oltre ad ogni altro soggetto la cui audizione è ritenuta utile ai fini della decisione della controversia³⁵³. Terminata l'udienza, il Collegio,

presidenti e composte da cinque membri non permanenti). Cfr. http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/formations_college_nov17.pdf

³⁵⁰ Cfr. art. 37 del Regolamento di procedura dell'ADC (Decisione del 30 marzo 2009, JORF n° 0080 del 4 aprile 2009 e s.m.i.).

³⁵¹ Cfr. Code du Commerce, art. R-461-9.

³⁵² Un simile scelta è condivisa da B. LASSERRE, *La nouvelle Autorité de la concurrence, (1) Concurrences 2009*, p. 4 che osserva come l'attribuzione di poteri decisionali direttamente al *Conseiller Auditeur* avrebbe accresciuto la complessità e la durata del procedimento, dal momento che le sue decisioni avrebbero potuto essere direttamente impugnate innanzi agli organi giurisdizionali competenti.

³⁵³ Cfr. Code du Commerce, art. L-463-7. Il medesimo articolo specifica altresì che il *Rapporteur General* e il Commissario di Governo hanno facoltà di presentare osservazioni scritte.

se validamente costituito³⁵⁴, adotta la decisione a maggioranza dei membri presenti³⁵⁵.

Le decisioni adottate sono impugnabili entro un mese innanzi alla Corte d'appello di Parigi, che può disporre tanto la riforma che l'annullamento³⁵⁶; avverso la sentenza resa sarà possibile proporre ricorso per Cassazione per i soli motivi di diritto³⁵⁷.

Da quanto esposto, emerge come uno dei punti di forza della procedura innanzi l'ADC sia la una **netta separazione tra le funzioni istruttorie e decisorie**, in virtù della quale il Collegio assume una posizione di assoluta terzietà rispetto alla conduzione dell'istruttoria (tanto da un punto di vista formale/procedurale che sostanziale)³⁵⁸.

In realtà, deve evidenziarsi come la necessità di tenere distinte le funzioni istruttorie e decisionali fosse emersa sin dal 1999, quando la Corte di Cassazione – con una serie di pronunce – censurò il processo decisionale delle Autorità amministrative Indipendenti.

³⁵⁴ La determinazione dei quorum costitutivi è rimessa dal Code du Commerce (art. L-461-3) al regolamento interno dell'ADC che all'art. 45 fissa in otto il numero minimo dei membri per la formazione plenaria, e in tre il numero minimo di membri per la commissione permanente e le sezioni.

³⁵⁵ Cfr. Code du Commerce, art. L-461-3.

³⁵⁶ Ai sensi dell'art. D-311-9 del *Code de l'Organisation Judiciaire* la Corte d'appello di Parigi ha la competenza esclusiva sui ricorsi avverso i provvedimenti dell'ADC adottati ai sensi del codice di commercio (i.e. istruttorie in materia di intese e abusi di posizione dominante). I provvedimenti in materia di concentrazioni tra imprese sono invece di competenza del Consiglio di Stato.

³⁵⁷ Cfr. art. L 464-8 del *Code du Commerce*.

³⁵⁸ Ciò offrirebbe anche il vantaggio di consentire al Collegio di riesaminare con “nuovi occhi” l'istruttoria, potendolo ben portare – come nei fatti accaduto – ad assumere decisioni differenti da quelle suggerite dagli Uffici (cfr. OECD, *Roundtable on changes in institutional design of competition authorities – contributed by the french Autorité de la Concurrence*, DAF/COMP/WD(2014)104, § 51 e B. LASSERRE, *A fully-functioning administrative competition authority: the French example*, discorso pronunciato il 12 dicembre 2014 nel corso della *Competition Conference* di Vienna e disponibile al seguente link: <https://www.bwb.gv.at/Documents/Bruno%20Lasserre%20Speaking%20Notes.pdf>).

In particolare, nella pronuncia *COB v Oury* – relativa ad un procedimento innanzi alla COB, omologa della CONSOB – i giudici della Suprema Corte hanno affermato come, a loro avviso, il principio di giusto processo dovesse trovare applicazione fin dalla fase procedimentale innanzi alle Autorità Amministrative Indipendenti, con la conseguenza che il *Rapporteur* non avrebbe dovuto più prendere parte alle decisioni del Collegio³⁵⁹. Fin da subito fu chiaro che le conclusioni cui era giunta la Cassazione si applicavano – *mutatis mutandis* – anche ai procedimenti innanzi all'autorità di concorrenza, che condivideva con la COB sia la natura di AAI che la strutturazione del processo decisionale, ed infatti, a distanza di pochi mesi la Cassazione riscontrò anche nel procedimento innanzi al *Conseil de la Concurrence* la medesima violazione del principio del giusto processo³⁶⁰.

A seguito di tali pronunce, è stata quindi avviata a partire dal 2001 una graduale riforma del procedimento istruttorio innanzi all'autorità di concorrenza³⁶¹, conclusasi proprio con l'istituzione nel 2008 dell'ADC, la cui

³⁵⁹ Cfr. Cass. Ad. Plen. 5 febbraio 1999. In particolare, in tale pronuncia la Corte ha evidenziato come “uno dei membri della Commissione, nominato responsabile del procedimento, era incaricato di svolgere l'istruttoria con l'ausilio dei servizi amministrativi [...] conseguentemente, la Corte d'Appello correttamente ha ritenuto che tale soggetto non dovesse prendere parte alle deliberazioni del Collegio e pertanto la decisione sul punto deve ritenersi fondata”. E' il caso di evidenziare che la presenza del *Rapporteur* nella fase decisionale non rappresentava l'unica previsione idonea a costituire una violazione del principio del giusto processo: difatti, a distanza di un anno dalla sentenza *COB v Oury*, la Corte d'appello di Parigi ha censurato l'intero procedimento innanzi alla COB osservando come – sebbene il *Rapporteur* non avesse partecipato alla deliberazione – era inammissibile che le funzioni incaricate delle attività istruttorie e decisorie fossero composte dai medesimi soggetti (cfr. Corte d'Appello di Parigi, 7 marzo 2000, *KPMG*, 1ere chambre, section H, n. 1999/15862).

³⁶⁰ Cfr. *Cour de cassation*, ch. Comm., 5 October 1999, *SNC Campenon Bernard SGE*.

³⁶¹ Un primo tentativo (peraltro, ben riuscito) di operare una separazione tra funzione istruttoria e decisoria era stato realizzato nel 2001 con la Legge 2001-420 sulle *Nouvelles Régulations Economiques* che da un lato, aveva attribuito al *Rapporteur General* molte delle funzioni istruttorie prima svolte dal Presidente del Collegio (scelta del *Rapporteur*, notificazione della Comunicazione delle risultanze istruttorie alle parti..) e dall'altro aveva escluso la partecipazione del *Rapporteur* e del *Rapporteur General* alle deliberazioni del Collegio.

organizzazione interna – andando ben al di là di quanto richiesto dalla CEDU – consente di assicurare il pieno rispetto del principio di imparzialità all’interno del procedimento amministrativo.

Si tratta di un risultato che è riconosciuto in maniera unanime da tutte le alte Corti francesi: la Corte Costituzionale, nel caso *CanalPlus/TPS* ha evidenziato come le regole di funzionamento dell’ADC fossero rispettose dei principi di indipendenza e imparzialità richiesti ad un’Autorità amministrativa indipendente dotata di poteri sanzionatori, confermando l’assenza di “*confusionne tra la funzione inquirente/di investigazione e quella sanzionatoria*”³⁶²; del pari, la Corte di Cassazione nel caso *France Telecom* ha rigettato – ritenendola infondata – una domanda di pregiudizialità costituzionale (QPC) avanzata dalla ricorrente volta a richiedere la compatibilità costituzionale delle previsioni sulla “separazione funzionale” dell’ADC³⁶³; infine, il Consiglio di Stato nel caso *Colruyt* – ripercorrendo il processo decisionale interno dell’ADC – ha constatato l’effettiva separazione funzionale tra funzione istruttoria e decisionale e, per l’effetto, ha escluso la violazione del principio di imparzialità³⁶⁴.

Sebbene non vi sia dubbio che la “separazione funzionale” che caratterizza l’ADC rappresenti per le imprese la principale garanzia di imparzialità dell’organo giudicante, essa non esaurisce le tutele previste in favore delle parti. Difatti, il modello procedurale adottato dall’ADC – alla luce di quanto illustrato – presenta (quantomeno) tre ulteriori punti di forza: **i)** l’esistenza di ben due occasioni per esercitare il contraddittorio scritto con

³⁶² Cfr. *Conseil Constitutionnel*, Decisione n° 2012-280 QPC del 12 ottobre 2012.

³⁶³ Cfr. Cass. 30 novembre 2010. In particolare la Corte osserva come la domanda dei ricorrenti “*ayant, notamment, pour objet et pour effet de parfaire la séparation des fonctions d’instruction et de décision au sein de l’Autorité de la concurrence, [...] ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s’attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués*”.

³⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, 24 giugno 2013 n. 360949, *Société Colruyt France et établissements FR Colruyt*.

l'Ufficio istruttorio (in risposta alla Comunicazione delle risultanze istruttorie e in risposta al Rapporto d'inchiesta); **ii**) la possibilità di un effettivo dibattimento con l'Ufficio nel corso di un'udienza innanzi ad un Collegio indipendente; **iii**) la presenza di un *Conseiller Auditeur* – un *unicum* in Europa³⁶⁵ – incaricato di verificare il rispetto della procedura istruttoria³⁶⁶.

L'insieme di tali misure procedurali rendono l'ADC un'istituzione che – pur mantenendo le caratteristiche dell'Autorità amministrativa indipendente³⁶⁷ – offre un livello di tutela rafforzato, più simile a quanto richiesto agli organismi “para-giurisdizionali”³⁶⁸.

Tuttavia, anche un simile modello non è immune da critiche: **i**) in primo luogo, infatti, la fase antecedente l'invio della Comunicazione delle risultanze istruttorie appare troppo sbilanciata a favore degli uffici istruttori, tenuto conto che le parti non possono né richiedere di essere sentite, né accedere agli atti del procedimento; **ii**) in secondo luogo, proprio in conseguenza dell'assenza di garanzie e diritti riconosciuti alle parti in tale fase, il ruolo del Consigliere auditore nella fase istruttoria rischia di essere estremamente debole; **iii**) in terzo luogo, l'attribuzione del potere decisionale

³⁶⁵ Come è evidente, infatti, la figura del *Conseiller Auditeur* non ha nulla a che vedere con l'*Hearing Officer* presente nei procedimenti in materia di concorrenza innanzi alla Commissione europea.

³⁶⁶ Cfr. B. LASSERRE, *La nouvelle Autorité de la concurrence*, 1 Concurrences 2009, p. 4.

³⁶⁷ La natura dell'ADC – su cui pure in passato si era aperto un dibattito – è stata infatti definitivamente risolta dall'art. L-461-1 del Code du Commerce che espressamente la qualifica come Autorità amministrativa indipendente (cfr. anche Corte d'appello di Parigi, 23 settembre 2010 che nega che l'ADC debba garantire il rispetto del principio di imparzialità richiesto alle Corti dall'art. 6 CEDU).

³⁶⁸ Sullo “standard” di imparzialità richiesto agli organi giurisdizionali si veda *Conseil Constitutionnel*, 2011-200 QPC del 2 dicembre 2011 che – nell'esaminare il rispetto del principio di imparzialità da parte della Commissione bancaria, qualificata dalla legge come “organo giurisdizionale” osserva come “*le disposizioni contestate, non prevedendo all'interno della Commissione bancaria una separazione tra la funzione incaricata di perseguire [...] e quella incaricata di giudicare [...] ed eventualmente irrogare sanzioni disciplinari, non rispettano il principio di imparzialità della giurisdizione e, per l'effetto, devono essere dichiarate contrarie alla Costituzione*”.

al Collegio – senza che sia prevista una approfondita fase di riesame degli atti – rischia di tradursi in una acritica condivisione della linea dell’ufficio che ha condotto l’istruttoria; **iv)** infine, la devoluzione della competenza giurisdizionale direttamente alla Corte d’appello priva il ricorrente di un grado di tutela.

A ciò si aggiunga che, come osservato da autorevole dottrina³⁶⁹, nella prassi anche la “separazione funzionale” ha mostrato alcune criticità, dal momento che in alcuni casi gli uffici istruttori – nella comunicazione delle risultanze istruttorie – hanno contestato alle imprese addebiti privi di fondatezza, al solo scopo di lasciare al Collegio la scelta di quali confermare. Ciò in quanto il Collegio – non avendo partecipato alla fase istruttoria e non disponendo quindi di una conoscenza approfondita degli atti del procedimento – avrebbe potuto non comprendere le ragioni che spingevano la direzione istruttoria a formulare determinati addebiti e non altri. Un simile *modus procedendi*, tuttavia, è estremamente dannoso per le imprese, che sono chiamate ad impiegare tempo e risorse per potersi difendere da una pluralità di accuse, alcune delle quali anche palesemente infondate.

Nonostante le problematicità evidenziate, il “paradigma” dell’ADC resta comunque un modello cui ispirare – quantomeno parzialmente – la riforma dell’AGCM.

³⁶⁹ Tale circostanza è riportata da F. JENNY, *The institutional design of Competition Authorities*, cit. pp. 25-26.

2.3 Un sistema “duale”: il modello austriaco

Una diversa soluzione per assicurare maggiore imparzialità alle decisioni in materia di concorrenza può essere offerta dal modello duale, implementato in Austria³⁷⁰.

Tale Paese, infatti, ha optato³⁷¹ per un sistema in cui l'*enforcement antitrust* è frutto dell'azione congiunta di un'autorità amministrativa (la *Bundewettbewerbsbehörde* – “**BWB**”)³⁷² e della Corte d'Appello di Vienna, cui è attribuita la giurisdizione esclusiva in materia di concorrenza sull'intero territorio federale³⁷³. In particolare, la BWB – istituzione solo formalmente dipendente dal Ministero della Scienza, Ricerca ed Affari economici³⁷⁴ – è

³⁷⁰ Il presente lavoro intende soffermarsi esclusivamente sulle istruttorie *antitrust*. Per una descrizione puntuale del modello austriaco si rinvia pertanto a F. NEUMAYR, 'Chapter 1: Austria', in A. STAWICKI, V. RUDOMINO et al. (eds), *Competition Law in Central and Eastern Europe: A Practical Guide*, Kluwer Law International (2014) pp. 1 – 26; K. TAUTSCHER, M. ABRAM, et al., 'Chapter 2: Austria', in M. HOLMES E L. DAVEY (eds), *A Practical Guide to National Competition Rules across Europe* (Second Edition), International Competition Law Series, Volume 13, Kluwer Law International (2007) pp. 39 – 67; L. VOGEL, *Global Competition Law, Chapter 2 – Austria*, Lawlex (2012) pp. 83-91.

³⁷¹ Tale nuovo sistema, entrato in vigore nel 2002, è stato elaborato a seguito delle richieste rivolte all'Austria dall'OCSE e dall'allora Comunità Europea affinché si dotasse di un sistema efficace di repressione degli illeciti *antitrust* e che prevedesse anche un'Autorità incaricata dello svolgimento delle indagini: cfr. F. HÖPFEL e R. KERT, “Country Analysis – Austria”, in O. JANSEN e G. DANNECKER (eds), “Competition Law Sanctioning in the European Union: The EU-Law Influence on the National System of Sanctions in the European Area”, Kluwer Law International (2004) pp. 305 – 356.

³⁷² È il caso di evidenziare come il potere di adire direttamente la Corte spetti anche al Procuratore federale antitrust (*Bundeskartellanwalt*), dipendente dal Ministero della Giustizia. Il Procuratore federale antitrust non ha poteri investigativi, ma può richiedere al BWB ogni informazione di cui necessita, nonché il compimento degli eventuali accertamenti ispettivi. Proprio in virtù dei poteri assegnatigli, il Procuratore generalmente agisce di comune accordo con il BWB, anche se nulla gli impedisce di presentare autonomamente alla Corte un'istanza per l'applicazione di sanzioni nei confronti di imprese ritenute responsabili della violazione delle regole di concorrenza.

³⁷³ La possibilità di adire la Corte è rimessa anche ad altri soggetti (come ad es. le imprese che lamentano di aver subito un danno da una asserita condotta anticoncorrenziale) ma solo il BWB e il Procuratore federale *antitrust* possono richiedere l'applicazione di sanzioni.

³⁷⁴ La BWB è infatti gestita da un Direttore Generale per la Concorrenza, che – per espressa previsione di legge – è “non soggett[o] a istruzioni e indipendent[e] nell'esecuzione del mandato” attribuitogli (cfr. art. 1(2) e (3) del *Wettbewerbsgesetz*). La sua nomina è effettuata

incaricata di condurre le istruttorie in materia di concorrenza sulla base del *Kartellgesetz*, mentre il potere decisionale sulle stesse è rimesso alla Corte d'Appello di Vienna.

La fase delle indagini è gestita dal BWB³⁷⁵ potendo a tal fine ricorrere agli ampi poteri attribuitigli dalla Legge sulla concorrenza (*Wettbewerbsgesetz*): in particolare, il BWB può incaricare esperti esterni, interrogare testimoni o rappresentanti delle imprese coinvolte, acquisire documentazione presso le sedi delle società ispezionate e richiedere i relativi chiarimenti³⁷⁶ nonché inviare richieste di informazioni alle imprese o alle loro associazioni³⁷⁷; inoltre, dietro autorizzazione della Corte³⁷⁸, il BWB può anche compiere ispezioni presso le sedi aziendali o le dimore private dei dipendenti della società sottoposta a procedimento³⁷⁹.

Data la peculiarità della struttura del procedimento *antitrust* austriaco, non è prevista – nel corso della fase investigativa – la possibilità di accedere

dal Presidente della Repubblica Federale, su proposta del Governo, e resta in carica cinque anni.

³⁷⁵ Ciò in virtù dell'art. 11 del *Wettbewerbsgesetz*, che assegna al BWB il compito di compiere ogni azione utile per realizzare i propri obiettivi istituzionali.

³⁷⁶ Il BWB – ai sensi dell'art. 12(4) del *Wettbewerbsgesetz* – ha anche il potere di interrompere l'ispezione, sigillando alcune stanze; inoltre, ai sensi dell'art. 12(5) del *Wettbewerbsgesetz* è possibile opporsi all'accesso ad alcuni specifici documenti: in tal caso, gli stessi dovranno essere sigillati e sarà la Corte competente a pronunciarsi.

³⁷⁷ Come chiarito dalla Corte Suprema (16 Ok 22/05), nel formulare la richiesta, il BWB deve: (i) evidenziarne la necessità; (ii) evitare domande che si riferiscono a mere congetture; (iii) rispettare il principio di proporzionalità. Da un punto di vista procedurale, poi, sino al 2013, qualora l'impresa destinataria della richiesta non ottemperava alla stessa, il BWB doveva rivolgersi necessariamente alla Corte, che poteva imporre all'impresa di dare seguito alla richiesta. Tale sistema è stato modificato con l'entrata in vigore, il 1 marzo 2013, dell'art. 11a(3) del *Wettbewerbsgesetz*, che attribuisce al BWB il potere di imporre sanzioni pecuniarie alle imprese che non danno seguito alle richieste di informazioni; contro la decisione del BWB le imprese possono proporre appello al Tribunale Amministrativo di Vienna e successivamente al Supremo Tribunale Amministrativo o alla Corte Costituzionale.

³⁷⁸ In realtà, l'autorizzazione è necessaria solo nel caso in cui l'impresa non intenda acconsentire spontaneamente all'attività ispettiva.

³⁷⁹ Cfr. art. 12(5) del *Wettbewerbsgesetz*.

agli atti del procedimento, né di essere sentiti in audizione: tali diritti sorgono unicamente a seguito del rinvio del caso alla Corte.

Terminata la fase di acquisizione degli elementi istruttori, il BWB condivide con le imprese coinvolte gli esiti cui è pervenuto³⁸⁰ prima di presentare alla Corte federale – unitamente al *dossier* – un’istanza con cui richiede, alternativamente: i) la cessazione della condotta anticoncorrenziale; ii) l’applicazione di una sanzione (indicando il relativo importo)³⁸¹ o iii) l’accertamento dell’infrazione³⁸².

Da tale momento, la gestione del procedimento è affidata ad una delle sezioni della Corte federale austriaca³⁸³ che, ai fini della decisione, non si limita a valutare il *dossier* trasmessole dal BWB, ma può assumere d’ufficio ogni ulteriore iniziativa utile ad acquisire gli elementi di indagine di cui necessita. In particolare, è prevista la possibilità di interrogare testimoni³⁸⁴, ordinare ispezioni (ricorrendo a tal fine al personale della BWB) nonché sentire le parti nel corso di un’udienza pubblica³⁸⁵. In tali procedimenti è parte “di diritto” il Procuratore federale *antitrust*, mentre è riconosciuta facoltà di intervento alle cd. “parti sociali” (i.e. esponenti della Camera federale di

³⁸⁰ Cfr. art. 13 *Wettbewerbsgesetz*.

³⁸¹ La Corte non ha facoltà di modificare l’importo della sanzione proposto dal BWB.

³⁸² In tale ipotesi, dovrà altresì essere provata l’esistenza di un “interesse specifico” (come ad es. il rischio che la condotta anticoncorrenziale si ripeta) all’emanazione di una simile decisione.

³⁸³ La Corte federale è composta da cinque sezioni, ciascuna composta da quattro membri (di cui due togati).

³⁸⁴ L’audizione dei testimoni avviene con il metodo della *cross examination*: l’esame è condotto dal presidente della Corte, ma le parti possono proporre a turno ulteriori domande. Quanto ai limiti della prova testimoniale, i testimoni non sono tenuti a rispondere qualora le risposte: conducano ad un’auto-incriminazione, causino un pregiudizio economico o determinino una violazione del segreto professionale.

³⁸⁵ Le parti possono tuttavia chiedere un’udienza a porte chiuse per garantire la salvaguardia di segreti commerciali o professionali.

Commercio e della Camera federale del lavoro) che possono anche presentare osservazioni scritte.

Il procedimento si chiude con una decisione di accoglimento o di rigetto (per ragioni procedurali o sostanziali) dell'istanza presentata dal BWB³⁸⁶; inoltre, al fine di risolvere le problematiche concorrenziali, la Corte ha altresì il potere di ordinare l'adozione di misure strutturali³⁸⁷. Ogni decisione è assunta a maggioranza dei presenti e – in caso di parità – il voto del presidente vale doppio.

Avverso le decisioni della Corte federale è possibile presentare entro quattro settimane³⁸⁸ un appello innanzi alla Corte Suprema³⁸⁹, composta da un'unica sezione di cinque membri (di cui tre togati), la quale potrà riesaminare – anche nel merito³⁹⁰ – la decisione assunta dalla Corte di Vienna.

I caratteri essenziali del modello austriaco – che si è tentato sinteticamente di richiamare in questa sede – delineano un sistema di *antitrust enforcement* profondamente differente rispetto a quello conosciuto in Italia che – al pari di quello francese – demanda la repressione degli illeciti *antitrust* unicamente ad un'Autorità amministrativa.

Ciononostante, a giudizio di chi scrive, un tale modello merita di essere guardato comunque con interesse, in quanto fornisce una soluzione “alternativa” – benché più radicale – per assicurare l'imparzialità delle decisioni in materia di concorrenza. Difatti, spostare la fase decisionale del procedimento *antitrust* innanzi ad una Corte con funzioni giurisdizionali consente di assicurare alle parti accusate di aver tenuto una condotta

³⁸⁶ O dal Procuratore federale *antitrust*.

³⁸⁷ Cfr. art. 26 *Kartellgesetz*.

³⁸⁸ Tale termine è dimezzato in specifici casi (ad es. se l'appello è rivolto avverso misure cautelari)

³⁸⁹ Cfr. art. 58(2) *Kartellgesetz*.

³⁹⁰ Tale possibilità è stata riconosciuta solo a seguito della riforma del 2013.

anticoncorrenziale l'intero *set* di garanzie normalmente riconosciute nel corso dei processi giurisdizionali.

Se l'idea di fondo appare, dunque, pienamente condivisibile, le modalità attraverso cui la stessa è stata effettivamente attuata nel sistema austriaco presentano alcuni punti controversi quali, in particolare: **i)** la previsione di un unico grado di ricorso (peraltro, sino al 2013, la Corte Suprema non poteva neanche ri-valutare il merito della controversia); **ii)** l'assenza di qualsivoglia garanzia procedurale (anche minima) nel procedimento innanzi al BWB; **iii)** l'impossibilità per la Corte di modificare l'importo delle sanzioni proposto dal BWB; **iv)** alcune farraginosità derivanti dalla necessità di coordinare l'azione di BWB e Corte (è il caso della necessaria autorizzazione al BWB per l'esecuzione di ispezioni).

Si tratta, evidentemente, di aspetti non secondari, in grado di incidere in maniera sostanziale sull'efficacia in concreto del sistema austriaco, che tuttavia – nei suoi tratti essenziali – resta un modello di *enforcement antitrust* di cui tenere conto nell'ambito della presente analisi³⁹¹.

3. Quale riforma possibile per l'AGCM?

L'analisi svolta sino ad ora ha consentito da un lato, di escludere la possibilità di adattare il sistema italiano a quello della Commissione – ugualmente carente quanto a garanzie per le parti – e dall'altro, di esaminare in concreto e porre a confronto un modello monista “forte” (quello francese) con uno duale (quello austriaco).

Posta l'impossibilità di individuare un “modello perfetto”, l'esame ha, comunque, consentito di individuare pregi e difetti dei diversi sistemi, e di

³⁹¹ Un simile modello è stato proposto per la riforma della Commissione europea da J. TEMPLE LANG, *Three possibilities for reform of the procedure of the European Commission in Competition cases under Regulation 1/2003*, cit. pp. 228-229

trarre conseguentemente concrete indicazioni per una riforma dell'AGCM in grado di incrementare le garanzie per le imprese.

3.1 L'inidoneità di un modello duale

Non vi è dubbio che la riforma più ambiziosa per l'Italia sarebbe rappresentata dall'introduzione di un sistema duale³⁹². Come, infatti, illustrato da autorevole dottrina *“in un processo svolto in contraddittorio tra le parti, dove non c'è presunzione di legalità per la posizione della Commissione, le parti si troverebbero in una posizione di parità nell'illustrare ai giudici la fondatezza delle loro argomentazioni e la correttezza delle valutazioni complesse effettuate. I giudici non si troverebbero più a sindacare una decisione assunta da una parte “privilegiata” al fine di verificare la presenza di un errore manifesto, ma farebbero ciò che sanno fare meglio, oltre ad interpretare la legge: verificare quale posizione risulti maggiormente fondata”*³⁹³. In altre parole, l'attribuzione della potestà decisionale alla Corte rappresenterebbe una certa garanzia del rispetto dei principi di indipendenza, imparzialità e parità delle armi richiesti dalla Carta e dalla CEDU. Non a caso, cinque Stati europei³⁹⁴ –

³⁹² Tale proposta di riforma era stata avanzata – con riferimento al procedimento antitrust europeo – da J. TEMPLE LANG, *Three possibilities for reform of the procedure of the European Commission in Competition cases under Regulation 1/2003*, Ceps special report, 2011, disponibile al seguente link: <https://www.ceps.eu/publications/three-possibilities-reform-procedure-european-commission-competition-cases-under>, p. 194 e 221. L'A. peraltro la definisce come *“the only reform which would lead to a situation clearly compatible with the European Convention on Human Rights”*.

³⁹³ N. WAHL, *The Role of the Court of Justice in Ensuring Compliance with Fundamental Rights*, in M. MEROLA, J. DERENNE (eds) *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, GCLC Annual Conferences Series, Bruylant, 2010, p. 275.

³⁹⁴ Si tratta di Austria, Danimarca, Finlandia, Irlanda, Svezia. Per una descrizione del sistema adottato da ciascun paese europeo si rinvia allo studio commissionato dal Parlamento europeo a F. Cengiz, *An academic view on the role and powers of national competition authorities*, disponibile al seguente link: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578971/IPOL_STU\(2016\)578_971_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578971/IPOL_STU(2016)578_971_EN.pdf)

ad oggi – hanno adottato un simile modello, e diversi altri avevano mostrato un concreto interesse verso quest’ultimo³⁹⁵.

Tuttavia, l’implementazione di un simile modello nel nostro Paese appare molto difficoltosa, in virtù delle caratteristiche del sistema giudiziario italiano.

Si pensi infatti che, ad oggi, i giudici del TAR Lazio esauriscono l’esame dei ricorsi avverso le decisioni dell’AGCM in un’unica udienza (due qualora sia stato richiesto il giudizio cautelare), per un tempo medio complessivo pari a circa diciotto mesi. Qualora ai medesimi giudici fosse attribuito il potere di decidere in prima istanza su un caso in materia di concorrenza, essi dovrebbero, da un lato, fissare un congruo numero di udienze (per escutere testimoni, esaminare le prove, audire le parti..) e, dall’altro, incrementare significativamente il tempo speso per lo studio della causa, tenuto conto che sarebbe necessario procedere all’esame dell’intera documentazione istruttoria (che in molti casi consta di oltre un migliaio di evidenze). Considerando, poi, che i ruoli dei giudici non sarebbero occupati unicamente da cause in materia di concorrenza, si può ben immaginare come l’adozione di un modello duale così concepito genererebbe un eccessivo allungamento dei tempi, a sua volta incompatibile con il rispetto dei diritti fondamentali³⁹⁶.

Peraltro, non può non evidenziarsi come i giudici italiani, almeno allo stato, non siano affatto formati per poter compiere in prima persona le

³⁹⁵ Difatti, come riportato da F. Jenny, anche il Regno Unito, la Svizzera e, in qualche misura, la Germania hanno dibattuto in merito all’introduzione di un simile modello. Cfr. F. JENNY, *The institutional design of Competition Authorities: Debates and Trends* in F. JENNY, Y. KATSOULACOS (eds) *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries. International Law and Economics*, Springer, 2016 p. 22.

³⁹⁶ A titolo esemplificativo, può essere evidenziato come in Svezia – nel caso TeliaSonera – l’istruttoria sia stata avviata nel 2004 ma la decisione della Corte di Stoccolma sia giunta solo nel 2011 (dopo aver sospeso per due anni il procedimento a causa del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia).

valutazioni economiche che oggi compie l'AGCM. Come visto, infatti, è proprio in relazione a tali profili che attualmente il giudice mostra un atteggiamento deferente, e ciò – ad avviso di chi scrive – è dovuto anche al fatto di non disporre di una conoscenza approfondita delle discipline economiche, posto che il requisito per poter accedere alla carriera di magistrato è costituito unicamente dalla laurea in giurisprudenza. Pertanto, ove fosse loro attribuita la competenza ad adottare decisioni in materia *antitrust*, vi sarebbe un duplice rischio: da un lato, essi potrebbero adottare decisioni insoddisfacenti, frutto della mancata comprensione delle variabili economiche sottese all'istruttoria; dall'altro, potrebbero basarsi integralmente sulle valutazioni dell'autorità di concorrenza, mostrando così un approccio ancor più deferente nei confronti dell'AGCM rispetto a quanto accade ora.

Tale problematica non potrebbe nemmeno essere superata attraverso la creazione – nell'ambito della giurisdizione ordinaria – di sezioni specializzate per determinate materie: tenuto conto che nell'attuale sistema sono i giudici amministrativi ad avere competenza sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti (come l'AGCM), dovrebbe immaginarsi un sistema (decisamente farraginoso) in cui i giudici amministrativi restino competenti per gli atti compiuti dall'AGCM, mentre alle sezioni specializzate dei giudici ordinari sia riconosciuto il potere di decidere sulle istruttorie condotte dall'AGCM.

Il sistema delineato, evidentemente, richiederebbe interventi profondi sul sistema giurisdizionale italiano, comportando, dunque, tempi di implementazione particolarmente lunghi. Inoltre, esso avrebbe l'ulteriore effetto di “ripartire” presso più giurisdizioni la tutela avverso le decisioni assunte nell'ambito del *public enforcement*: difatti, i provvedimenti adottati direttamente dall'AGCM (come quelli sulla riservatezza dei documenti) resterebbero di competenza del giudice amministrativo, mentre la cognizione

sulle decisioni assunte dalla sezione specializzata del Tribunale apparterrebbe al giudice ordinario (in particolare, alla Corte d'appello competente).

Inoltre, non può neanche affermarsi con certezza che il numero di decisioni da adottare in materia di concorrenza sarebbe tale da giustificare la creazione di una nuova sezione specializzata: qualora non fosse il caso, le nuove competenze in materia *antitrust* sarebbero ragionevolmente attribuite al cd. Tribunale delle Imprese, già incaricato – *inter alia* – della cognizione sulle azioni di risarcimento del danno derivante da illecito *antitrust*³⁹⁷. In una simile eventualità, tuttavia, vi sarebbe concretamente il rischio di dilatare eccessivamente i tempi della tutela, in quanto le udienze in materia di *public enforcement* del diritto *antitrust* dovrebbero inserirsi nel già saturo ruolo dei giudici di tali sezioni.

In definitiva, la difficoltà di implementare in Italia un tale modello di *enforcement antitrust* e l'incertezza circa la sua effettiva capacità di funzionamento nell'ordinamento nazionale non consentono, ad avviso di chi scrive, di considerare il modello duale come un progetto a cui effettivamente tendere.

³⁹⁷ Il cd. Tribunale per le Imprese, istituito dal D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168, così come novellato dall'art. 2, co. 1, lett. a), del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, si occupa delle controversie in materia societaria, nonché di quelle aventi ad oggetto contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria. In particolare, deve evidenziarsi che il legislatore – con il D. lgs. 3/2017 – ha attribuito ai Tribunali per le Imprese di Napoli, Roma e Milano la competenza a decidere sulle domande di risarcimento del danno antitrust. Per una descrizione dei Tribunali per le Imprese e sull'opportunità di disporre di giudici specializzati in materia di concorrenza si rinvia a V. CAPUANO, *L'istituzione di giudici specializzati nell'applicazione del diritto della concorrenza nazionale e dell'Unione Europea*, in G. TESAURO (ed.), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013 pp. 243-250.

3.2 Un'applicazione della politica dei "piccoli passi": verso un modello monista "forte"

Se dunque si escludono modifiche radicali del sistema, l'opzione che resta sul tavolo è quella di un rafforzamento del già esistente sistema monista, in applicazione – *mutatis mutandis* – di quella politica dei "piccoli passi" applicata con successo nel processo di integrazione europea³⁹⁸. È, dunque, all'interno del quadro istituzionale già previsto dalla l. 287/90 che occorre apportare i limitati correttivi di cui l'AGCM ha bisogno.

Da questo punto di vista, il sistema francese offre più di uno spunto interessante³⁹⁹: la riforma del 2008 ha, infatti, cercato di migliorare il sistema esistente senza snaturarlo e – a dieci anni di distanza – appare evidente come tale tentativo sia andato a buon fine. Pertanto, è possibile ricercare principalmente (ma non esclusivamente) nella struttura dell'ADC i correttivi di cui l'AGCM ha bisogno.

Certamente la più urgente riforma concerne la **separazione tra direzione istruttoria e Collegio**, essenziale al fine di garantire sin dal procedimento il rispetto del principio di imparzialità⁴⁰⁰. Di tale necessità sembra essere persuaso anche il legislatore, che con l'art. 24 della l. n. 262

³⁹⁸ Tale approccio era stato teorizzato per primo da R. SHUMAN nel 1950 quando – proponendo la costituzione della CECA – osservò: "*l'Europa non potrà farsi una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto*".

³⁹⁹ I punti di forza del modello francese sono messi in luce anche da A. PERA, *Standard di controllo antitrust dopo Menarini e KME*, in E.A. RAFFAELLI, *Antitrust between EU law and National law / Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto dell'Unione Europea. XII Conference – XII Convegno*, Bruylant 2017, p. 91.

⁴⁰⁰ Come infatti osservato da H.M. GILLIAMS, *Combination of functions of the European Commission*, in AA. VV. *Droits de la défense et droits de la Commission dans le droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, (1994), p. 255 in un sistema che cumula le funzioni giudicanti ed inquirenti "*esiste sempre il rischio che il rapporto tra il funzionario [...] inquirente e la parte (unitamente al proprio legale di fiducia) [...] diventi teso e spiacevole, al punto che la parte abbia l'impressione che l'intera procedura muova verso un esito predeterminato, a prescindere dagli argomenti fattuali o giuridici che potrà la stessa sviluppare nel corso dell'istruttoria*".

del 2005 sulla tutela del risparmio, ha imposto la “*distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione*” per i procedimenti di controllo a carattere contenzioso e per quelli sanzionatori condotti da alcune autorità indipendenti (Banca d'Italia, dalla Consob, dall'Isvap e dalla Covip). Tuttavia, la circostanza che ad oltre dieci anni dall'introduzione di tale normativa le autorità cui la stessa era diretta prevedano ancora – all'interno del procedimento – dei punti di contatto tra funzioni decisorie ed istruttorie⁴⁰¹, dimostra quanto sia complessa la realizzazione di un'effettiva separazione funzionale all'interno della stessa istituzione.

È tuttavia convinzione di chi scrive che un modello italiano “corretto” alla francese possa effettivamente assicurare la “separazione funzionale” auspicata dal legislatore (sia pure non per l'AGCM). A tal fine, si potrebbe immaginare un procedimento articolato come segue:

- prima fase: il procedimento – avviato dal Segretario generale – sarebbe interamente gestito da un funzionario incaricato come responsabile del procedimento: quest'ultimo in particolare gestirebbe le ispezioni, stabilirebbe il regime di riservatezza dei documenti, terrebbe le audizioni istruttorie e redigerebbe la CRI. A seguito della ricezione della CRI, le parti potrebbero (eventualmente) presentare le proprie osservazioni;
- seconda fase: a questo punto, il fascicolo passerebbe al Collegio, che – sulla falsariga di quanto avviene in Commissione con i comitati di *peer review* – avrebbe l'onere di studiarne il contenuto con l'ausilio di un nuovo team di funzionari appositamente nominato⁴⁰². Terminato lo studio, il

⁴⁰¹ A titolo esemplificativo, si consideri che il Presidente della Consob – oltre a presiedere l'organo deputato ad irrogare la sanzione (i.e. la Commissione) – autorizza l'esercizio dei poteri di indagine sugli abusi di mercato (cfr. Delibera Consob 15087/05).

⁴⁰² Una proposta non dissimile è stata avanzata da D. ZIMMER in relazione ai procedimenti condotti innanzi alla Commissione europea: cfr. D. ZIMMER, *Competition law enforcement, administrative versus judicial systems*, in P. NIHOUL e T. SKOCZNY (eds.) *Procedural fairness in competition proceedings*, cit., pp. 263-264.

Collegio convocherebbe le parti in audizione (per l'AGCM, il responsabile del procedimento) per consentire loro di illustrare la propria posizione e replicare vicendevolmente alle contestazioni mosse. A valle dell'audizione finale, il Collegio terrebbe una riunione con il proprio *team* di funzionari, finalizzata a stabilire le linee guida cui attenersi nella redazione della decisione finale. Quest'ultima – una volta condivisa con i Commissari – sarebbe poi approvata dal Collegio a maggioranza dei suoi membri.

Un simile sistema consentirebbe di garantire l'imparzialità della procedura, senza tuttavia dilatare eccessivamente i tempi di durata del procedimento. Non vi è dubbio, infatti, che la creazione di due *team* differenti incaricati di valutare la medesima documentazione istruttoria avrebbe un impatto sulla durata media dei procedimenti. In ogni caso, si può verosimilmente immaginare che lo stesso sarebbe comunque molto contenuto (probabilmente, non più di sei mesi). Peraltro, trattandosi di un procedimento amministrativo, vi sarebbe altresì la possibilità di stabilire normativamente la durata del procedimento, cosa che evidentemente non sarebbe possibile qualora si affidasse la decisione sulle istruttorie *antitrust* ad una corte giurisdizionale.

In definitiva, il sistema ipotizzato consentirebbe di combinare assieme le caratteristiche positive di entrambi i modelli: si garantirebbero, infatti, scelte imparziali da parte di un'istituzione specializzata in tempi ragionevoli.

Un ulteriore elemento idoneo ad incrementare le garanzie per le parti potrebbe essere l'istituzione di un **consigliere auditore**, a cui rivolgersi per problematiche di natura procedurale. Tale figura potrebbe essere strutturata sulla falsariga del modello francese, e, dunque, come un soggetto terzo e imparziale, che si attiva tanto *ex officio* che su segnalazione di parte, al fine di sollecitare la risoluzione delle problematiche procedurali riscontrate. Lo stesso non dovrebbe, dunque, disporre di poteri decisionali, ma dovrebbe limitarsi a: i) esercitare una *moral suasion* nei confronti del responsabile del

procedimento e del Segretario generale al fine di una revisione delle decisioni assunte; **ii**) rivolgersi al Collegio qualora le proprie osservazioni non siano tenute in conto; **iii**) redigere – a valle dell’audizione finale – una relazione in merito al rispetto dei diritti procedurali, da allegare al Provvedimento finale.

Sarebbe, dunque, sempre il Collegio – in qualsiasi fase della procedura – ad adottare i provvedimenti ritenuti più opportuni per tutelare i diritti delle parti: tali decisioni – proprio perché adottate da un’entità che non partecipa al procedimento – sarebbero più facilmente accettate dalle parti in quanto percepite come maggiormente “imparziali”; ad ogni modo, le stesse dovrebbero comunque qualificarsi da un punto di vista giuridico come atti endoprocedimentali, e, dunque, impugnabili solo contestualmente al Provvedimento finale. Ciò al fine di evitare la proposizione di ricorsi ad istruttoria ancora in corso, che rischierebbe di rallentare l’*iter* decisionale.

Ad avviso di chi scrive, un sistema così strutturato garantirebbe maggiormente i diritti di difesa delle imprese: in particolare, la realizzazione di un’effettiva separazione tra accusa e organo decisionale e la parità delle armi con l’ufficio istruttorio consentirebbero di avere in sede procedimentale un contraddittorio pieno su quelle valutazioni “complesse” (tecniche o economiche) che sono sottratte allo scrutinio *ex post* da parte del giudice amministrativo. Ciò sarebbe favorito proprio dalla circostanza che il Collegio – risultando più distaccato dall’attività istruttoria e disponendo di un proprio *team* per la verifica delle conclusioni raggiunte dagli uffici – potrebbe sindacare maggiormente le valutazioni contenute nella CRI.

Il rafforzamento delle garanzie procedimentali non precluderebbe naturalmente alle imprese la possibilità di impugnare davanti al giudice amministrativo le valutazioni contenute nel provvedimento dell’AGCM. È però evidente che un tale sistema, prevedendo già in sede procedimentale uno scrutinio approfondito della tesi accusatoria da parte di un organo

caratterizzato da una maggiore indipendenza e terzietà⁴⁰³, incrementerebbe significativamente le tutele per le imprese.

Conclusioni: un modello “italiano” corretto “alla francese”

L’analisi condotta ha consentito di individuare nei sistemi monisti, ed in particolare in quello francese, il modello cui ispirarsi per una (auspicabile) riforma dell’AGCM.

Applicando all’attuale struttura dell’AGCM alcuni correttivi tratti dal modello francese (e prevedendo l’istituzione di un secondo *case team* di ausilio al Collegio, sulla base di quanto avviene nel procedimento in Commissione) sarebbe possibile garantire sin dalla fase procedimentale:

- i. l’**imparzialità**, tramite la netta separazione tra l’ufficio istruttorio, coordinato esclusivamente dal Segretario Generale, ed il Collegio, investito della controversia solo ad esito della chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori; a garantire l’imparzialità della procedura contribuirebbe altresì il Consigliere auditore, soggetto terzo ed unico “raccordo” tra il procedimento ed il Collegio, in grado di sollecitare a quest’ultimo la risoluzione delle problematiche procedurali riscontrate;
- ii. l’**indipendenza**, posto che i membri del Collegio – secondo quanto già dispone l’art. 10 (2) della l. 287/90 – sono figure autorevoli scelte d’intesa dai Presidenti delle Camere⁴⁰⁴;

⁴⁰³ Sul punto, cfr. C. OSTI, *Un giudice a Berlino: equità ed efficienza nel riesame giudiziale dei provvedimenti dell'autorità della concorrenza*, cit. p. 873 ss. che propone di “scindere, all'interno dell'agenzia di tutela, l'organo istruttorio da quello giudicante, e di fare che sia tale separazione ad assicurare terzietà e la pienezza della cognizione. Se si riuscisse in tale impresa, poi, potrebbe immaginarsi un ricorso limitato al giudice: limitato, ad esempio, alle (sole) questioni di diritto e di fronte alle (sole) giurisdizioni superiori”.

⁴⁰⁴ Vi è tuttavia chi ha osservato come i “requisiti richiesti dalla legge circa la notoria indipendenza e la legittimazione tecnica dei soggetti nominati risentono della mancanza di un’effettiva giustiziabilità dei parametri di idoneità al ruolo”, e che sarebbe pertanto

- iii. la **parità delle armi tra accusa e difesa**, in quanto – proprio in virtù della separazione funzionale – non vi sarebbero legami tra Ufficio istruttorio e Collegio, con la conseguenza che quest’ultimo potrebbe valutare in maniera del tutto neutrale – e con l’aiuto di un *team* dedicato – le posizioni delle parti in causa;
- iv. **il diritto al contraddittorio**, garantito attraverso una pluralità di misure: a) il diritto di accedere agli atti del procedimento sin dal suo avvio (in linea con quanto già previsto nel sistema italiano, ed a differenza di quanto previsto nel modello francese); b) la possibilità di produrre memorie infraprocedimentali e replicare alla CRI; c) la possibilità di esporre la propria tesi in audizione innanzi al Collegio e replicare oralmente alle argomentazioni degli Uffici;
- v. un’**udienza innanzi all’organo incaricato di decidere la controversia, ossia il Collegio**: mutuando la struttura francese – e prevedendo che prima dell’udienza il *case team* dedicato studi il fascicolo per conto del Collegio – si garantisce, infatti, che l’udienza non sia una mera formalità, ma un momento effettivamente utile ai fini dell’adozione del provvedimento finale da parte dell’organo giudicante;
- vi. l’adozione di un **provvedimento maggiormente motivato**: la redazione del Provvedimento finale da parte del *case team* del Collegio garantisce una replica più puntuale alle argomentazioni

necessario “introdurre meccanismi idonei a valutare *ex ante* l’effettiva rispondenza ai requisiti di imparzialità e di competenza dei membri, ad esempio attraverso un Comitato *ad hoc* simile a quello costituito ai sensi dell’art. 255 TFUE per i componenti della Corte di Giustizia; oppure, come avviene negli Stati Uniti, che i designati siano sottoposti ad uno scrutinio al fine di verificare la sussistenza di quei requisiti”: cfr. P. DE PASQUALE, *Diritto dell’Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti: i principi*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, (1) 2013, pp. 79-80.

delle parti, contribuendo ad abbandonare la prassi che vede una tendenziale omogeneità tra la CRI e il Provvedimento;

- vii. la **ragionevole durata del procedimento**: è in tale ottica che deve essere letta la scelta a favore del mantenimento di un modello monista che – rispetto ad uno duale – garantisce il contingentamento dei tempi di adozione del Provvedimento; quanto poi ad un possibile aggravio della durata dell’attuale procedimento dovuto alla previsione del case team del Collegio, esso appare bilanciato dagli indubbi vantaggi – in termini di imparzialità, motivazione dei Provvedimenti ed efficienza dell’udienza – che sono stati descritti in precedenza.

Un procedimento così strutturato incrementerebbe significativamente i diritti delle imprese, consentendo di offrire sin dalla fase procedimentale molte delle tutele che ad oggi sono presenti solo in sede di impugnazione.

Conclusione

La sentenza *Menarini* ha, come visto, riconosciuto la piena compatibilità del sistema di *antitrust enforcement* nazionale con il principio del giusto processo, valorizzando a tal fine la circostanza che i provvedimenti dell'AGCM potessero essere impugnati innanzi ad un giudice dotato di piena giurisdizione.

Ferma tale conclusione, l'analisi condotta ha tuttavia messo in luce come l'attribuzione ai giudici amministrativi di un sindacato di mera legittimità sui provvedimenti dell'AGCM non consenta loro l'esercizio di uno scrutinio di merito sulle valutazioni tecniche ed economiche compiute da quest'ultima. Tale circostanza, che è evidentemente connaturata alla tipologia di sindacato individuato dal legislatore, rischia tuttavia di danneggiare le imprese, le quali di conseguenza non potranno invocare innanzi al giudice un vaglio di merito sulle valutazioni compiute dall'autorità procedente.

Per tale ragione, è apparso necessario verificare la possibilità di introdurre alcuni correttivi all'interno del sistema di *antitrust enforcement* nazionale che potessero incrementare e rafforzare i diritti delle imprese, assicurando un'effettiva verifica sulle valutazioni "complesse" raggiunte in fase istruttoria. A tal fine, è stata analizzata la struttura dei modelli di *antitrust enforcement* presenti in Europa, approfondendo il loro concreto funzionamento in Francia e Austria: da tale analisi è emerso come i modelli "duali" – caratterizzati da una separazione strutturale tra attività istruttoria (affidata all'Autorità di concorrenza) e decisoria (affidata a Corti giurisdizionali) – presentino grandi limiti di praticabilità e non siano agevolmente implementabili in Italia, mentre certamente più percorribile appare il rafforzamento dell'attuale sistema monista, alla luce dell'esperienza francese.

In effetti, il sistema francese – pur essendo monista, al pari di quello italiano – presenta una netta separazione tra le funzioni istruttorie e decisorie, in virtù della quale il Collegio assume una posizione di assoluta terzietà rispetto alla conduzione dell'istruttoria (tanto da un punto di vista formale/procedurale che sostanziale). Come è stato illustrato, difatti, tale sistema non prevede momenti di contatto tra Uffici e Collegio in merito all'andamento dell'istruttoria, tanto che anche eventuali controversie di natura procedurale non sono portate all'attenzione del Collegio direttamente dagli Uffici (che rappresentano una delle “parti” del procedimento), ma – più correttamente – da un soggetto terzo, quale il Consigliere auditore. In virtù di tali caratteristiche, il sistema francese – pur non essendo mai stato validato dalla CEDU – ha ricevuto tuttavia l'avallo di tutte le più alte giurisdizioni francesi (Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte Costituzionale) che ne hanno certificato la piena conformità al principio di imparzialità.

Se tuttavia il modello francese rappresenta un valido punto di riferimento per rendere l'AGCM *compliant* al principio di imparzialità, deve evidenziarsi come sotto altri profili tale modello appaia invece notevolmente deficitario e meno garantista di quello italiano: basti pensare che fino all'invio della Comunicazione delle risultanze istruttorie le parti non possono né richiedere di essere sentite, né accedere agli atti del procedimento, con un evidente sbilanciamento della procedura a favore degli uffici istruttori, in violazione del principio di parità delle armi.

A fronte delle criticità presenti anche nel sistema francese, è apparso dunque preferibile “ripartire” dalla struttura del procedimento *antitrust* nazionale, innestandovi alcuni correttivi tratti (prevalentemente) dall'esperienza dell'ADC: una soluzione che – richiedendo un limitato intervento sulle disposizioni della l. 287/90 e sulle relative previsioni di attuazione – appare agevolmente realizzabile, e consente al contempo di non “snaturare” l'attuale procedimento *antitrust*. Si tratta, come detto, di

modifiche estremamente limitate ma che consentirebbero di garantire maggiormente anche il buon andamento dell'attività dell'amministrazione, posto che un maggiore approfondimento delle questioni di fatto e di diritto (quale risultato di un incremento quantitativo e qualitativo dei momenti di effettivo confronto tra le imprese e gli Uffici/il Collegio) porterebbe all'adozione di provvedimenti più ponderati, e dunque anche meno attaccabili da parte delle imprese.

Bibliografia

A. Articoli

- ALLENA M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Diritto processuale amministrativo* (4) 2012, pp. 1602-1635;
- ALMUNIA J., *Due process and competition enforcement*, 17 dicembre 2010, disponibile al seguente link: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-449_en.htm?locale=en;
- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (3) 1997;
- AMODIO E., *Giusto processo, proces equitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, (1) 2003, pp. 93-107;
- AZIZI J., *The Limits of Judicial Review concerning Abuses of a Dominant Position: Principles and Specific Application to the Communications Technology Sector*, in AA.VV. *Today's Multi-layered Legal Order: Current Issues and Perspectives – Liber amicorum in honour of Arjen W.H. MEIJ*, Paris Legal Publishers, Paris 2011, pp. 1-16;
- BARBIER DE LA SERRE E., WINCKLER C., *A landmark year for the law on fines imposed in EU competition proceedings*, *J Eur Compet Law Pract*, (3) 2012 pp. 351-370;
- BOTTA M. E SVETLICINII A., *The right of fair trial in competition law proceedings: quo vadis the courts of the new EU member States*, in P. NIHOUL E T. SKOCZNY (eds.) *Procedural fairness in competition proceedings*, Elgar 2015, pp. 276-308;
- BOTTA M. E SVETLICINII A., *The Standard of Judicial Review in EU Competition Law Enforcement and Its Compatibility with the Right to a Fair Trial Under the EU Charter of Fundamental Rights*, in AA.VV., *Protecting Human Rights in the EU*, Springer, Heidelberg (2014), pp. 107-127;

- BRONCKERS M. e VALLERY A., *Fair and Effective Competition Policy in the EU: Which Role for the Authorities and Which Role for the Courts after Menarini*, *European Competition Journal*, (2) 2012, pp. 283-300;
- CACACE E., *Classificazione delle valutazioni tecniche della p.a., riparto di giurisdizione e sindacato dell'Autorità Giudiziaria*, in www.magistraturaindipendente.it;
- CAPUANO V., *L'istituzione di giudici specializzati nell'applicazione del diritto della concorrenza nazionale e dell'Unione Europea*, in TESAURO G. (ed.), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013 pp. 243-250;
- CAPUANO V., *Norme fondamentali del trattato CE private dell'effetto diretto: la sentenza Admenta*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* (16) 2006, pp. 241-259;
- CAPUANO V., *Responsabilità extracontrattuale dell'Unione Europea per eccessivo ritardo di una sentenza del Tribunale: la sentenza Gascogne, ovvero quando il colpevole ammette le sue colpe*, *Dir. Un. Eur.* 2 (2017), p. 365- 388;
- CAPUANO V., *Limiti al controllo antitrust e attività dei Consigli notarili ovvero l'art.106, comma 2, TFUE alla prova dei fatti*, in Osservatorio DUE settembre 2018, in <http://www.dirittounioneuropea.eu>;
- CARTABIA M., *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in (a cura di) F.BASSANINI e G.TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008 pp. 89-107;
- CASSETTI L., *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in www.federalismi.it (14) 2018;
- CASTILLO DE LA TORRE F., *Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases*, *World Competition*, (4) 2009, pp. 505-578;
- CENGIZ F., *An academic view on the role and powers of national competition authorities*, Aprile 2016, <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578971/>

- CERAMI P., *Diritto ad un “giusto” processo: radici romane di una problematica attuale*, Annali del seminario giuridico, (50) 2005, pp. 25-51;
- CERAMI P., *Radici romane dei “principios basicos” del codigo modelo” di procedura penale per l’America latina*, Diritto e Storia, (8) 2009, pp. 1-10;
- CHIEPPA R., *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità Antitrust*, in *Diritto processuale amministrativo*, (4) 2004, p. 1019-1082;
- CINTIOLI F., *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, Dir. Proc. Amm., (33) 2015, pp. 507-545;
- CLARICH M., *L’autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust – L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino 2010;
- CLARICH M., *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità* (15) 2018, in www.federalismi.it;
- D’ALBERTI M., Voce Autorità indipendenti, Enciclopedia giuridica Treccani, 1995;
- DE NICTOLIS R., *L’eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso per “violazione di legge”)*, 22 maggio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it;
- DE PASQUALE P., *Diritto dell’Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti: i principi*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, (1) 2013, pp. 73-94;
- DE PASQUALE P., *La tutela dei diritti dell’accusato nell’Unione europea*, in TIZZANO A. (a cura di) *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma. Stato e prospettive dell’Unione europea*, Torino, 2016 pp. 115-134;
- DE ROSA G., *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, Dir proc. Amm. (2) 2013, pp. 513-558;

- DE WITTE B. e IMAMOVIĆ S., *Opinion 2/13 on accession to the ECHR: defending the EU legal order against a foreign human rights court*, E.L. Rev. (40) 2015, pp. 683-705;
- DEWOST J-L, LASSERRE B. e SAINT-ESTEBAN R., *L'entreprise, les regles de concurrence et les droits fondamentaux: quelle articulation?*, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel (35) 2012, pp. 187-219;
- DI FEDERICO G., *The role of the hearing Officer in antitrust cases. A critical assessment of the new mandate and practice after 2011*, in P. NIHOUL and T. SKOCZNY (eds.), *Procedural fairness in competition proceedings*, Elgar 2015, pp. 160-181;
- F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, *Dir. amm.*, (2) 2008, pp. 257-281;
- FERRARO A., *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv.it.dir.pub.com.*, 2005 p.503-581;
- FERRARO F. e LAZZERINI N., *Articolo 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano 2017 pp. 1058-1085;
- FILICE M., *Il problematico confine fra i poteri dell'Agcm e il sindacato del giudice*, *Giornale di diritto amministrativo*, (3) 2017, p. 389-398;
- FOLLIERI E., *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it (5) 2014, pp. 1-10;
- FOLLIERI E., *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, pp. 27-33;
- FORRESTER I. S., *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, E.L.Rev., (34) 2009 pp. 817-843;
- FORRESTER I. S., *A Bush in Need of Pruning: The Luxuriant Growth of Light Judicial Review*, in EHLERMANN C. e MARQUIS M. (ed.) *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence*

and its Judicial Review in Competition Cases, Hart Publishing 2011, pp. 407-452;

- FRANCARIO F., *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in www.federalismi.it (13) 2017;
- GENNUSA M.E., *La CEDU e l'Unione europea*, in (a cura di) M. CARTABIA, *I diritti in azione*, Bologna, 2007 p. 91-144;
- GERARD D., *EU Antitrust Enforcement in 2025: 'Why Wait? Full Appellate Jurisdiction, Now'*, CPI Antitrust Journal, (1) 2010, pp.1-9;
- GHIDINI G. e FALCE V., *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, Mercato concorrenza e regole (2) 1999, pp. 317-328;
- GILIBERTI B., *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a corte di Cassazione, Sezioni Unite*, 20 gennaio 2014, n. 1013, Dir. Proc. Amm., (3) 2014, pp. 1057-1099;
- GILLIAMS H.M., *Combination of functions of the European Commission*, in AA. VV. *Droits de la défense et droits de la Commission dans le droit communautaire de la concurrence*, Bruylant (1994), pp. 255 ss;
- GIOVAGNOLI R., TAVASSI M., POLICE A., LIBERTINI M., SIRAGUSA M., CHIEPPA R., *Judicial Review of Antitrust Decisions: Q&A*, in Rivista Italiana di Antitrust, (1) 2015, pp. 144-163;
- GRASSANI S., *Jurisdictional vs. "Juris...Fictional" Review in the Land of Menarini*, 19th St.Gallen International Competition Law Forum ICF, giugno 2012, <https://ssrn.com/abstract=2190929>;
- GUIZZI G., *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, Il Corriere Giuridico, (11) 2014, pp. 1321-1326;
- HÖPFEL F. E KERT R., "Country Analysis — Austria", in O. Jansen e G.Dannecker (eds), *Competition Law Sanctioning in the European Union: The EU-Law Influence on the National System of Sanctions in the European Area*, Kluwer Law International (2004) pp. 305 – 356;
- IELO D., *Autorità indipendenti e giudice: cooperazione e sindacato*, Amministrare, (1) 2006, pp. 205-256;

- JAEGER M., *The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review?* Oxford Journal of European Competition Law & Practice, (2) 2011 p. 295-314;
- JENNY F., *The institutional design of Competition Authorities: Debates and Trends* in F. JENNY, Y. KATSOULACOS (eds) *Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries. International Law and Economics*, Springer, 2016, pp. 1-57;
- KALINTIRI A., *What's in a name? The marginal standard of review of "complex economic assessments" in EU competition enforcement*, CMLR, (53) 2016 pp. 1283-1316;
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Due process in EU antitrust proceedings – Comments on the European Commission's draft Best Practices in Antitrust Proceedings and the Hearing Officers' Guidance Paper*, 8 marzo 2010, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/icc_en.pdf;
- LAMBERTI L., *Considerazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Amministrativamente (9) 2016, pp. 1-24;
- LASSERRE B., *A fully-functioning administrative competition authority: the French example*, 12 dicembre 2014, <https://www.bwb.gv.at/Documents/Bruno%20Lasserre%20Speaking%20Notes.pdf>;
- LASSERRE B., *La nouvelle Autorité de la concurrence*, Concurrences (1) 2009, pp. 6-10;
- LASSERRE B., *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : Un point de vue d'autorité (I)*, Concurrences (3) 2010, pp. 35-46;
- LASSERRE B., *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : Un point de vue d'autorité (II)*, 4 Concurrences (4) 2010, pp. 56-68;
- LASSERRE B., *La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace*,

http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/du_conseil_a_l_autorite_jan09_bl_journal_societes.pdf;

- LASSERRE B., *The New French Competition Authority: mission, priorities and strategies for the coming five years*, 2009, http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/intervention_bl_autorite_trustbusters_09.pdf;
- LIBERTINI M., *Osservazioni sull'Ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell'AGCM* in www.federalismi.it (14) 2018, pp. 1-5;
- LONGOBARDI N., *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, Foro amm. TAR, (9) 2007;
- MACGREGOR A., GECIC B., *Due Process in EU Competition Cases Following the Introduction of the New Best Practices Guidelines on Antitrust Proceedings*, *Journal of European Competition Law & Practice*, (3) 2012, pp. 425-438;
- MANGANARO F., *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Relazione all'incontro La tutela non giurisdizionale delle situazioni soggettive deboli. I poteri giurisdizionali delle amministrazioni indipendenti, Napoli 2 ottobre 2009, www.digiec.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/697_2009_1058_5384.doc;
- MANZINI P., *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art 52* in (a cura di) L.S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002 pp. 127-138;
- MASTROIANNI R., *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. Pen.* 2002, p. 1873-1884;
- MATSCHER F., *L'equo processo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, (60) 2006, pp. 1155-1168;
- MOLLIKA G., *Sulla responsabilità civile delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. Comm.* (2) 2016, pp. 256-268;
- NAGY I., *EU competition law's fair trial revolution: much ado about nothing?*, *ECLR*, (37) 2016, pp. 232-238;

- NAZZINI R., *Judicial review after KME: an even stronger case for the reform that will never be*, E.L. Rev. (40) 2015, p. 490-508;
- NAZZINI R., *Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-functionalist Perspective*, in CMLR (3) 2012, pp. 971-1006;
- NEUMAYR F., 'Chapter 1: Austria', in A. STAWICKI, V. RUDOMINO et al. (eds), *Competition Law in Central and Eastern Europe: A Practical Guide*, Kluwer Law International (2014) pp. 1 – 26;
- NIKOLIC I., *Full judicial review of antitrust cases after KME: a new formula of review?*, ECLR (33) 2012, pp. 583-588;
- OECD, *Roundtable on changes in institutional design of competition authorities – contribution by the french Autorité de la Concurrence*, DAF/COMP/WD(104) 2014;
- OSTI C., *Un giudice a Berlino: equità ed efficienza nel riesame giudiziale dei provvedimenti dell'autorità della concorrenza*, Giur. comm., (5) 2008, pp. 873-907;
- PACE L.F., *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del Regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit. (1) 2004, pp. 147-197;
- PACE L.F., *Il rapporto tra diritto europeo antitrust e diritto nazionale*, in PACE L.F. (ed.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli 2013, pp. 139-143;
- PACE L.F., *The Parent-Subsidiary Relationship in EU Antitrust Law and the AEG Telefunken Presumption: Between the Effectiveness of Competition Law and the Protection of Fundamental Rights*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, (7) 2014, pp. 191-208;
- PACIOTTI E., *La seconda “proclamazione” della Carta dei diritti e il Trattato di riforma*, in www.europeanrights.eu;
- PAPA A., *Brevi considerazioni sulla tutela del diritto alla ragionevole durata del processo tra giudici nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in BILANCIA P., DE MARCO E. (a cura di), *La tutela*

Multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione, Milano, 2004, 303-326;

- PATRONI GRIFFI F., *Il sindacato del giudice sugli atti delle Autorità indipendenti*, 7 agosto 2017, in www.giustizia-amministrativa.it;
- PERA A., *Standard di controllo antitrust dopo Menarini e KME*, in E.A. RAFFAELLI, *Antitrust between EU law and National law / Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto dell'Unione Europea. XII Conference – XII Convegno*, Bruylant 2017, pp. 73-92;
- PEREZ R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (1) 1996;
- PERNA R., *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, 13 giugno 2017, in www.giustizia-amministrativa.it;
- POMELLI A., *Il giudice e l'Antitrust. Quanto "self restraint"?*, *Mercato concorrenza e regole*, (2) 2003, pp. 239-280;
- SCARPA A., *L'introduzione e la trattazione della causa*, in *Giur. Merito*, (1) 2011, pp. 254-293;
- SERIO M., *Imparzialità del giudice e giusto processo: profili comparatistici*, in *Europa e dir. Priv.*, (4) 2011, pp. 991-1018;
- SIRAGUSA M. e RIZZA C., *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, *Giur. Comm.*, (2) 2013, pp. 408-456;
- SLATER D., THOMAS S. & WAELEBROECK D., *Competition Law Proceedings Before the European Commission and the Right to a Fair Trial: No Need for Reform?*, *European Competition Journal* (5) 2009 pp. 97-143;
- STAIANO S., *Essere giudice «a limitato fine»: Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in www.federalismi.it (14) 2018;
- STELLA S., *Il procedimento antitrust dinanzi all'AGCM*, in PACE L.F. (ed.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli 2013, pp. 155-169;

- TAUTSCHER K., ABRAM M., et al., 'Chapter 2: Austria', in M. HOLMES E L. DAVEY (eds), *A Practical Guide to National Competition Rules across Europe* (Second Edition), International Competition Law Series, Volume 13, Kluwer Law International (2007) pp. 39 – 67;
- TEMPLE LANG J., *Three possibilities for reform of the procedure of the European Commission in Competition cases under Regulation 1/2003*, Ceps special report, 2011, <https://www.ceps.eu/publications/three-possibilities-reform-procedure-european-commission-competition-cases-under>, pp. 194-230;
- TESAURO G., *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma 2001;
- TODINO M., *Il procedimento antitrust dinanzi alla Commissione*, in PACE L.F. (ed.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli 2013, pp. 184-198;
- TRAVI A., *Giudice amministrativo ed autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti delle autorità antitrust*, *Analisi giuridica dell'economia*, (2) 2002, pp. 425-436;
- VAN CLEYNENBREUGEL P., *Effectiveness through fairness? 'Due process' as an institutional precondition for effective decentralized EU competition law enforcement*, in P. NIHOUL E T. SKOCZNY (eds.) *Procedural fairness in competition proceedings*, Elgar 2015, pp. 44-83;
- VENIT J. S., *Human All Too Human: The Gathering and Assessment of Evidence and the Appropriate Standard of Proof and Judicial Review in Commission Enforcement Proceedings Applying Articles 81 and 82*, in EHLERMANN C. e MARQUIS M. (ed.) *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Hart Publishing 2011 pp. 191-254;
- VESTERDORF B., *Chapter 13: The European Court's Case Law in Merger Control*, in A. MATEUS M. e MOREIRA T., *Competition Law and Economics*, International Competition Law Series, Volume 31, Kluwer Law International, 2007, pp. 243-254;
- VILLATA R., *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, *Dir. proc. amm.*, (3) 2002, 792-802;

- VOGEL L., *Global Competition Law, Chapter 2 – Austria*, Lawlex (2012) pp. 83-91;
- WAHL N., *The Role of the Court of Justice in Ensuring Compliance with Fundamental Rights*, in MEROLA M., DERENNE J. (eds) *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, GCLC Annual Conferences Series, Bruylant, 2010;
- WILS W., *The combination of investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis*, *World Competition* (27) 2004, pp. 201-224;
- WILS W., *The compatibility with fundamental rights in the antitrust enforcement system in which the European Commission acts both as Investigator and First-Instance decision maker*, *World Competition*, (37) 2014, pp. 5-25;
- WILS W., *The Oral Hearing in Competition Proceedings before the European Commission*, *World Competition* (35) 2012 pp. 431-456;
- ZILLER J., *Articolo 51*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano 2017 pp. 1042-1058;
- ZIMMER D., *Competition law enforcement, administrative versus judicial systems*, in P. NIHOUL E T. SKOCZNY (eds.) *Procedural fairness in competition proceedings*, Elgar 2015, pp. 255-264;
- ZOLLER E., *Due process of Law*, in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, J. ANDRIANTSIMBA-ZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (eds.), Parigi 2008;
- ZULEEG M., *Fundamental Rights and the Law of European Communities*, in *CMLR*. 1971, pp. 446-461.

B. Monografie

- A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, Cheltenham, 2008;
- ALLENA M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012;

- ALVAZZI DEL FRATE P., *Garantismo e giusto processo*, in "Giustizia e garanzie giurisdizionali", Torino, 2011;
- CASTILLO DE LA TORRE F. E GIPPINI FOURNIER E., *Evidence, proof and judicial review in EU competition law*, Cheltenham, 2017;
- CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, Torino, 2005;
- CLARICH M., *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005;
- COKE E., *The Second Part of the Institutes of the Laws of England; Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes*, London 1797;
- DG Competition, *Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFEU: Key actors and checks and balances*, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/key_actors_en.pdf;
- FATTORI P. e TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010;
- FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano (2012) ;
- GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939;
- HOUSE OF LORDS – EUROPEAN UNION COMMITTEE, *15th Report of Session 2006-07: An EU Competition Court, Minutes of Evidence given before Subcommittee E by Judge Bo Vesterdorf*, <https://publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldeucom/75/75.pdf>;
- LACHNIT E., *Alternative enforcement of competition law*, Eleven International Publishing, 2016;
- MAFFEO A., *Il délai raisonnable nel contenzioso dell'Unione europea*, Napoli 2016;
- MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano 2017;
- MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino,

2001;

- SETTEM O.J., *Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings*, Springer, 2016;
- WEILER J.H.H., *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985.

C. Giurisprudenza

UE

- C-1/58, *Stork*, 4 febbraio 1959;
- C-36-38 e C-40/59, *Uffici di vendita del carbone della Ruhr*, 15 luglio 1960;
- C-40/64, *Sgarlata*, 1 aprile 1965;
- C-56/64 e 58/64, *Consten e Grundig*, 13 luglio 1966;
- C-29/69, *Stauder c. Ulm-Sozialamt*, 12 novembre 1969;
- C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 dicembre 1970;
- C-4/73, *Nold*, 14 maggio 1974;
- C-36/75, *Rutili*, 28 ottobre 1975;
- C-26/76 *Metro c Commissione*, Conclusioni dell'AG Reischl, 9 giugno 1977;
- C-209/78, *Van Landewyck c Commissione*, 29 ottobre 1980;
- T-150/89, *Martinelli c Commissione*, 6 aprile 1995;
- C-269/90, *Technische Universität München*, 21 novembre 1991;
- T-68, 77-78/89 *Società Italiana Vetro SpA e a. c Commissione*, 10 marzo 1992;
- C36/92 P, *SEP c Commissione*, Conclusioni dell'AG Jacobs, 15 dicembre 1993;
- C36/92 P, *SEP c Commissione*, 19 maggio 1994;
- C-135/92, *Fiskano AB contro Commissione*, 29 giugno 1994;
- C-404/92 P, *X c. Commissione*, 5 ottobre 1994;

- Parere 2/94, 28 marzo 1996;
- C-185/95 P *Baustahlgewebe*, 17 dicembre 1998;
- C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheurs e Factortame*, 5 marzo 1999;
- T-156/94, *Aristrain c Commissione*, 11 marzo 1999;
- T-25/95, *Cimenteries CBR c Commissione*, 15 marzo 2000;
- T-41/96 *Bayer c Commissione*, 26 ottobre 2000;
- T-156/98, *RJB Mining c Commissione*, 31 gennaio 2001;
- C-315/99 P, *Ismeri Europa Srl c Corte dei conti delle Comunità europee*, 10 luglio 2001;
- T-342/99, *Airtours-First Choice*, 6 giugno 2002;
- C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P, e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e altri c Commissione*, 15 ottobre 2002;
- T-310/01, *Schneider-Legrand*, 22 ottobre 2002;
- T-5/02, *Tetra Laval c. Commissione*, 25 ottobre 2002;
- C-224/01, *Kobler c. Austria*, Conclusioni dell'AG Leger, 8 aprile 2003;
- C-2/01 P e C-3/01 P *BAI e Commissione c Bayer*, 6 gennaio 2004;
- C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, 7 gennaio 2004;
- C-12/03 P e C-13/03 P *Commissione c Tetra Laval*, Conclusioni dell'AG Tizzano, 25 maggio 2004;
- C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval*, 15 febbraio 2005;
- C-53/03, *Syfait*, 31 maggio 2005;
- T-210/01, *General Electric c Commissione*, 14 dicembre 2005;
- C-397/03 P, *Archer Daniels Midland c Commissione*, 18 maggio 2006;
- C-289/04 P, *Showa Denko KK c. Commissione*, 29 giugno 2006;

- T-59/02, *Archer Daniels Midland c Commissione*, 27 settembre 2006;
- T-217/03 e T-245/03, *FNCBV c Commissione*, 13 dicembre 2006;
- C-3/06P *Gruppo Danone c Commissione*, 8 febbraio 2007;
- T-351/03, *Schneider Electric e a. c. Commissione e a.*, 11 luglio 2007;
- T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, 17 settembre 2007;
- C-413/06 P, *Bertelsmann and Sony Corporation of America v Impala*, 10 luglio 2008;
- T-116/04, *Wieland-Werke AG c Commissione*, 6 maggio 2009;
- T-301/04, *Clearstream*, 9 settembre 2009;
- C-441/07 P, *Commissione c Alrosa*, 29 giugno 2010;
- C-399/08 P, *Commissione c. Deutsche Post*, 2 settembre 2010;
- C-439/08, *VEBIC*, 7 dicembre 2010;
- C-272/09 P, *KME Germany e a. c Commissione*, Conclusioni dell'AG Sharpston, 10 febbraio 2011;
- T-217/06, *Arkema France e.a. c Commissione*, 7 giugno 2011;
- T-240/07, *Heineken Nederland c Commissione*, 16 giugno 2011;
- T-235/07, *Bavaria c Commissione*, 16 giugno 2011;
- T-132/07, *Fuji Electric c Commissione*, 12 luglio 2011;
- T-11/06, *Romana Tabacchi c Commissione*, 5 ottobre 2011;
- C-272/09 P, *KME Germany e a. c Commissione*, 8 dicembre 2011;
- C-89/11 P, *E.ON Energie AG c Commissione*, Conclusioni dell'AG Bot, 21 giugno 2012;
- C-199/11, *Otis*, 6 novembre 2012;
- C-396/11, *Radu*, conclusioni dell'AG Sharpston, 29 gennaio 2013;
- C-617/10, *Akerberg Fransson*, 26 febbraio 2013;
- C-501/11 P, *Schindler c Commissione*, 18 luglio 2013;
- T-379/10 e T-381/10, *Keramag e altri c Commissione*, 16 settembre 2013;

- C-295/12 P, *Telefónica c Commissione*, Conclusioni dell'AG Wathelet, 26 settembre 2013;
- C-510/11 P, *Kone c Commissione*, 24 ottobre 2013;
- C-58/12 P, *Groupe Gascogne SA*, 26 novembre 2013;
- C-580/12 P, *Guardian Industries e Guardian Europe*, Conclusioni dell'AG Wathelet, 20 aprile 2014;
- C-295/12 P, *Telefónica c Commissione*, 10 luglio 2014;
- C-67/13, *Groupement des cartes bancaires c. Commissione*, 11 settembre 2014;
- Parere 2/13, 18 dicembre 2014;
- T-389/10 e T-419/10, *SLM e Ori Martin c Commissione*, 15 luglio 2015;
- T-2018/13, *Portugal Telecom SGPS c Commissione*, 28 giugno 2016;
- T-472/13, *Lundbeck c Commissione*, 8 settembre 2016;
- T-76/14, *Morningstar c Commissione*, 15 settembre 2016;
- T-577/14, *Gascogne c Unione europea*, 10 gennaio 2017
- C-413/14 P, *Intel/ Commissione*, 6 settembre 2017;
- T-712/16, *Deutsche Lufthansa c Commissione*, 16 maggio 2018;
- T-286/09 RENV, *Intel Corporation c Commissione*, pendente.

Corte EDU

- *Delacourt c Belgio*, 17 gennaio 1970;
- *Engel e altri c Paesi Bassi*, 8 giugno 1976;
- *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c Belgio*, 23 giugno 1981;
- *Piersack c. Belgio*, 1 ottobre 1982;
- *Pretto c Italia*, 8 dicembre 1983;
- *Ozturk c Germania*, 21 febbraio 1984;
- *Campbell e Fell c. Regno Unito*, 24 giugno 1984;

- *Feldbrugge c Olanda*, 29 maggio 1986;
- *Langborger c Svezia*, 22 giugno 1989;
- *Obermeier c Austria*, 28 giugno 1990;
- *Dombo Beheer B.V. c Olanda*, 9 settembre 1992;
- *Fredin (2) c Svezia*, 23 febbraio 1994;
- *Van de Hurk c. Olanda*, 19 aprile 1994;
- *Hentrich c. Francia*, 22 settembre 1994;
- *Raffinerie greche Stran e stratis andreadis c Grecia*, 9 dicembre 1994;
- *Higgins c. Francia*, 19 febbraio 1998;
- *Rowe e Davis c. Regno Unito*, 16 febbraio 2000;
- *Comingersoll S.A. c. Portogallo*, 6 aprile 2000;
- *Frydlender c Francia*, 27 giugno 2000;
- *Bosphorus c Irlanda*, 30 giugno 2005;
- *Martinie c. France*, 12 aprile 2006;
- *Tsfayo c Regno Unito*, 14 novembre 2006;
- *Jussila c Finlandia*, 23 novembre 2006;
- *Susanna Ros Westlund c Islanda*, 6 dicembre 2007;
- *Dubus c Francia*, 11 giugno 2009;
- *Druzstevní záložna Pila and Others v. the Czech Republic*, 27 gennaio 2010;
- *Menarini Diagnostics c Italia*, 27 settembre 2011;
- *Grande Stevens c Italia*, 4 marzo 2014.

Italiana

- C. Cost., 27 dicembre 1973 n. 183;
- C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204;
- C. Cost., 7 aprile 2011, n. 113;

- C. Cost., 26 maggio 2017, n. 123;
- Cass. SS.UU. 29 aprile 2005, n. 8882;
- Cass. SS.UU., 17 marzo 2008, n. 7063;
- Cass. SS.UU. 20 gennaio 2014, n. 1013;
- Tar Lazio, sez. I, 5 maggio 1994, n. 652;
- Tar Lazio, sez. I, 15 aprile 1999, n. 873;
- Tar Lazio, sez. I, 10 aprile 2002, n. 3070;
- Tar Lazio, sez. I, 14 aprile 2008, n. 3163;
- Tar Lazio, sez. I, 9 settembre 2015 n. 11132;
- Tar Lazio, sez. I, 25 luglio 2016 n. 8506;
- TAR Lazio, sez. I, 5 luglio 2016, n. 7732;
- Tar Lazio, sez. I, 6 settembre 2016 nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561;
- Tar Lazio, sez. I, 28 luglio 2017 n. 9068;
- Cons. Stato, comm.spec., 29 maggio 1998, parere n. 988/97;
- Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 1999, n. 601;
- Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348;
- Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 652;
- Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199;
- Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156;
- Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515;
- Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 597;
- Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015 n. 1596;
- Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014 n. 2302;
- Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015 n. 4123;
- Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015 n. 2479;
- Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 928;

- Cons. di Stato, sez. VI, 12 aprile 2017 n. 1708;
- Cons. di Stato, sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821;
- AGCM, Ordinanza 3 maggio 2018 n. 1, in Boll. 7 maggio 2018 n. 17 pp. 16-30.

Francese

- Cons. Conc., Decisione 04-D-79 del 23 dicembre 2004;
- Cons. Conc. Decisione 09-D-07 del 12 febbraio 2009;
- Corte d'Appello di Parigi, 7 marzo 2000;
- Corte d'appello di Parigi, 10 novembre 2009;
- Corte d'appello di Parigi, 23 settembre 2010;
- Corte d'Appello di Parigi, 26 gennaio 2012;
- *Cour de cassation*, Ad. Plen. 5 febbraio 1999;
- *Cour de cassation*, 5 Ottobre 1999;
- *Cour de cassation*, 30 novembre 2010;
- *Conseil Constitutionnel*, 2011-200 QPC, 2 dicembre 2011;
- *Conseil Constitutionnel*, 2012-280 QPC 12 ottobre 2012;
- Cons. Stato, 24 giugno 2013 n. 360949.

Altri Stati

- America – US Federal Court, *Goldberg v Kelly*, 23 marzo 1970;
- Austria – Corte Suprema, 16 ottobre 2005 n. 22;
- Germania – C. Cost., *Solange I*, 29 maggio 1974;
- Germania – C. Cost., *Solange II*, 22 ottobre 1986.

D. Legislazione

Europea vincolante

- Regolamento (CE) del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, GU L-1, 4.1.2003;
- Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, GU L 123, 27.4.2004;
- Decisione del presidente della Commissione europea 2011/695/UE del 13 ottobre 2011, relativa alla funzione e al mandato del consigliere-auditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza, GU L 275, 20.10.2011;
- Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea Testo rilevante ai fini del SEE, GU L-349, 5.12.2014.

Europea non vincolante

- Commissione europea, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del trattato CECA*, GU C 9 del 14.1.1998;
- Consiglio europeo, Conclusioni del Consiglio di Nizza, 7-10 dicembre 2000;
- *Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio*, GU C 325 del 22.12.2005;
- Commissione europea, *Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, GU C 210 del 1.9.2006;

- Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea, Commissione europea, *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, GU C 303 del 14.12.2007;
- Commissione europea, *Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE*, GU C 308, 20.10.2011;
- DG Competition, *Manual of procedure for the application of Articles 101 and 102 TFEU*, Marzo 2012, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf;
- Parlamento europeo, *Opinion of the Committee on Constitutional Affairs for the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs on the situation of fundamental rights in the European Union in 2015* (2016/2009 INI), 9 novembre 2016;
- Commissione europea, *Staff working document on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights in 2016* (SWD/2017/0162 final), 18 maggio 2017;
- Consiglio dell'Unione europea, *Council conclusions on the application of the EU Charter of Fundamental Rights in 2016* (13200/17), 13 Ottobre 2017.

Altri Stati

- Francia – L. 2008-776 del 4 agosto 2008;
- Francia – Legge 2001-420 del 15 maggio 2001;
- Francia – Ordinanza n. 2008-1161 del 13 novembre 2008;
- Italia – Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2;
- Italia – Legge 10 ottobre 1990, n. 287;
- Italia – d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;
- Italia – Legge 21 luglio 2000, n. 205;
- Italia – Legge 20 luglio 2004, n. 215;
- Italia – Delibera AGCM n. 13779 del 16 novembre 2004;

- Italia – D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206;
- Italia – L. 28 dicembre 2005, n. 262;
- Italia – D.lgs. 2 agosto 2007 n. 145;
- Italia – D.lgs 2 luglio 2010, n. 104;
- Italia – D.lgs. 26 marzo 2010, n. 59;
- Italia – D.l. 24 gennaio 2012, n. 1;
- Italia – Delibera AGCM n. 20075 del 14 novembre 2012;
- Italia – Delibera AGCM n. 24220 del 6 febbraio 2013;
- Italia – Delibera AGCM n. 25152 del 22 ottobre 2014;
- Italia – D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3;
- Italia – Delibera AGCM n. 26614 del 24 maggio 2017.

E. Atti internazionali

- Dichiarazione universale dei diritti dell’Uomo, ONU, 10 dicembre 1948;
- Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 1950;
- Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966;
- Protocollo n. 14 alla CEDU, 13 marzo 2004;
- Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, Decisione n° CM/882/26052010 del 26 maggio 2010;
- Comitato CDDH-UE, *Draft revised agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Aprile 2013, http://www.echr.coe.int/Documents/UE_Report_CDDH_ENG.pdf.